الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية
- دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالب: بن صغير مراد

تحت إشراف: أ.د: دنوني هجيرة

أعضاء لجنة المناقشة:

د. رايس محمد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د دنوني هجيرة	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د ناصر فتيحة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا
أ.د بولنوار مليكة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا

السنة الجامعية: 2010 – 2011

قال الله I :

(الَّذِي خَلَقَنِي
فَهُوَ يَهْدِينِ % وَالَّذِي
هُوَ يُطْعِمُنِي وَيَسْقِينِ % وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ
يَشْفِينِ % وَالَّذِي يُمِيتُنِي
ثُمَّ يُحْيِينِ % وَالَّذِي أَطْمَعُ
أَنْ يَغْفِرَ لِي
خَطِيئَتِي يَوْمَ الدِّينِ) .

سورة الشعراء – الآية 78 إلى 82.

قال رسول الله ع : « **من تطبّب ولم يعلم منه طب فهو ضامن** »
رواه أبو داود وابن ماجة والحاكم

" للأطباء الحظ في أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحاتهم والأرض تدفن أخطاءهم "

Dr. Montaigne Michel.

الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنيّة

دراسة مقارنة

Π

إهـــــــــــــــداء ...

إلى والـديّ الـكريمين حفـظهمـا الله وأمـدّ في عمرهما علـى طاعتـه

... إخوتـي وأخـواتـي

... زوجتي

وولـداي عبـد الله وعـائـشة

... زملائي وأصدقائي وأحبابي

... إلى كل من له علي فضل بعد الله وعلمني حرفا

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

مع خالص احترامي وعميق امتناني، أتقدم بالشكر الجزيل بعد شكر الله تعالى إلى:
أستاذتي الدكتورة دنوني هجيرة عرفانا بما بذلته من جهود صادقة وما قدمته من آراء علمية مفيدة وتوجيهات قيمة سديدة، كان لها بالغ الأثر في إخراج هذا البحث على ما هو عليه.
أستاذي الدكتور رايس محمد الذي تكرّم بأن يترأس لجنة مناقشة هذه الرسالة.

الأستاذة الدكتورة ناصر فتيحة والأستاذة الدكتورة بولنوار مليكة على تفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة وتحملهما مشقة التنقل.

كل من قدم لي يد العون والمساعدة لإنجاز هذا العمل المتواضع...

إلى هؤلاء جميعا أتقدم بعظيم الشكر والامتنان.

الخـــــاتمــــة :

إذا كان الخطأ في المسؤولية بصورة عامة من المواضيع التقليدية، إلا أنه في مجال المسؤولية الطبية قد أصبح موضوعا متجدّدا، جديرا بالدراسة والبحث. قد دفعت به إلى التطور جهود قضائية حثيثة، على نحو أصبحت لهذا الخطأ خصائصه التي أخرجته من الوضع التقليدي لكي يكون موضوعا حديثا بحاجة إلى دراسة معمّقة تُوازن بين الموروث النظري للخطأ، والواقع العملي الذي لا يخضع لصيغ ثابتة.

وإذا كنا قد اخترنا دراسة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب، فقد كان من اللازم علينا أن ننظر إلى الخطأ من هذا الجانب لنرى مدى أهميته كأساس للمسؤولية. بعبارة أخرى، ليتجلّى لنا ما إذا كانت النظريات الحديثة التي قيلت في أساس المسؤولية قد جرّدت الخطأ من أهميته، أم أن الخطأ مازال الأمر الأهم، وأن محاولة بناء المسؤولية على أساس غير الخطأ وُلدت عقيمة.

إن الدعوة إلى التخلي عن الخطأ تشتمل على أفكار لها بريق وجاذبية، إلا أن هذا البريق لا يَلبث أن ينطفئ إذا أدركنا أننا بصدد وضع حلول لمشاكل عملية، ولسنا بصدد أفكار فلسفية تضل حبيسة الورق. فإذا كان يمكن القول أن المسؤولية تنشأ دون خطأ على أساس حماية المضرور من خطر استخدام الأشياء، ألا يعني ذلك أن المسؤولية ستُصبح بالقابل قيدًا على إرادة الشخص عندما يستخدم هذه الأشياء. فلو سلّمنا أنه يتحمّل أي ضرر ينشأ عن استخدامها ولو بذل قُصارى جُهده في الحيلولة دون وقوعه – ولو كان الضرر غير متوقع طبقا لما يبذله من عناية – ، ألا يعني ذلك أننا نضع قيدًا على الحرية اللازمة لممارسة نشاطه ؟ ولعلّ هذا ما يصدُق على الطبيب الذي يمارس نشاطا خطرا ينصب على جسم الإنسان، وفي ذات الوقت يعتمد في نشاطه على مواهبه في الإبداع. فإذا فرضنا عليه المسؤولية عن أي ضرر ينتج عن نشاطه، وإن بذل كل ما في وُسعه من خبرة وعناية طبية، فهذا يعني أنه سيتردّد في ممارسة هذا النشاط رغم أهميته في المحيط الاجتماعي.

من جانب آخر، فإننا لا نُسلّم برفض الخطأ كأساس للمسؤولية، على أساس أن بعض الحقوق لها أهمية قانونية خطيرة، يستلزم ضمانها فرض المسؤولية لمجرّد أن يمسّها ضرر. وأن الضّرر يجب أن يُنظر إليه من خلال شخصية المضرور وليس مُرتكب الفعل الضار. ذلك لأن هذه الحجّة لا تصمُد أمام المنطق لا من الناحية النظرية ولا العملية.

فمن الناحية النظرية إذا بحثنا في أصل الحق نجد أن المبدأ هو أن الحق لا يوجد إلا بموجب الحماية التي يقرّها له القانون، فالحماية شرط لوجوده. فكيف يكون الحق بعد ذلك مصدرًا لهذه الحماية، أي للمسؤولية التي يحكم بها تبعا للضرر الذي يترتّب على المساس به.

أما من الناحية العملية فإنه لا يمكن أن يحدّد الضرر ويتم التعويض عنه، دون الإحاطة بالنشاط الذي سبّب هذا الضرر. بحيث إذا مارس هذا النشاط شخص معين فإن المنطق يدعو لأن يُنظر إلى الضرر من خلال هذا الشخص، وليس صحيحا أن يُهمل دوره على أساس أن شخصية المتضرر كافية لتحديد المسؤولية.

كما أنه ما من شك في أن الوظيفة الأولى للمسؤولية المدنية – والتي للأسف لم تُسلط عليها الأضواء بالقدر الكافي– هي تدارك الأضرار وتفاديها، قبل الوصول إلى تعويضها. فالمريض يتمتع بحق شخصي في منع وإيقاف الأفعال والتدخلات الطبية التي توشك أن تلحق به أضرارا. كما يتجه المنحى الأساسي للمسؤولية الطبية المدنية إلى وضع حدّ لتصرفات الطبيب وتدخلاته المخالفة لقواعد وأصول المهنة وللقانون، بإجهاضها من بدايتها. حيث يحق للمريض أن يطالب بإزالة ومنع أي تدخل طبي يوشك أن يلحق به ضررا غير مشروع، حتى قبل حدوث الضرر، وذلك من أجل منع وقوعه بالفعل.

لقد تبيّن لنا من خلال استقراء أحكام الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات المقارنة، وكذا الوقوف على التطبيقات القضائية العملية في مجال المسؤولية الطبية المدنية، أن غالبية التشريعات وعلى رأسها الشريعة الإسلامية، إضافة إلى أحكام القضاء قد أبقت على الخطأ كأساس جوهري لهذه المسؤولية. غير أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن القضاء وضع الخطأ في قالب جامد، وإنما يُلاحظ أنه أدرك مدى خطورة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب في حياة الإنسان ، فوضع حدودا متوازنة لعلاقة المريض بالطبيب. فأعطى الأول حرية اختيار طبيبه وقبول أو رفض العلاج، وألاّ يُقبل الطبيب على تدخل طبي إلا بعد إعلام هذا المريض والحصول على رضاه. في حين مكّن الطبيب من الحماية القانونية متى لم يثبت أنه ارتكب خطأ طبيا ثابتا ومحققا، ودرئ المسؤولية عنه متى التزم ببذل العناية المطلوبة في تدخله الطبي في غير حالات الالتزام بتحقيق نتيجة أو بالسلامة.

إننا لا ننكر رغم ما قدّمناه أن الاستناد إلى فكرة الخطأ بمعناها التقليدي، قد تؤدي إلى التضحية في بعض الحالات بمصلحة المريض المتضرر، خاصة إذا كان يصعب عليه إثبات الخطأ. وهذا ما يحدث عادة بالنسبة للأعمال الطبية الخطرة. بيد أننا نتساءل؛ ألا يمكن أن نفرض التزاما مُسبقا على الطبيب القائم بالعمل بأن يضمن سلامة المريض، وأن نجعل من هذا الالتزام التزاما

بتحقيق نتيجة. يقع الإخلال به بمجرّد إصابة أحد المرضى بضرر سواء انصبّ الضرر على جسمه أم على شرفه واعتباره.

قد يُعترض على ذلك أن مثل هذا الالتزام لا يُفرض إلا بمناسبة العقد الطبي، لأنه قائم على الواقع الذي يُبيح أن يفرض الالتزام مسبقا. ولكن أليس متوقّعا أيضا أن يترتب الضرر على بعض الأعمال الطبية الخطرة بشكل مُشابه لتوقّع ما يحصل بالنسبة للعقد الطبي. إننا نعتقد بأن ذلك ممكن. فعلى سبيل المثال لو استخدم الطبيب آلات وأجهزة تمثل نشاطا خطرا، فإن توقّع ما يترتب على هذا النشاط من ضرر تتعرض له سلامة المرضى أمر لا نجادل فيه. ومن ثم يمكن أن نفرض على الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة مفادها سلامة المرضى، فإذا أصيب أحدهم بضرر يعتبر الطبيب قد أخلّ بالتزامه.

نخلص من هذه الدراسة التي تناولنا فيها أحكام الخطأ الطبي وطبيعة المسؤولية الطبية المدنية المترتبة إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يلي:

– أهمية موضوع المسؤولية الطبية، إذ لا يزال موضوعا جديرا بالبحث، مفتوحا لمزيد من البحوث والدراسات، وذلك لعدة أسباب نقتصر على اثنين منها:

الأول: أن مسؤولية الطبيب المدنية قد تطورت وتغيرت أحكامها، فمن عدم المسؤولية المطلقة للطبيب، إلى المسؤولية عن الأعمال والأخطاء المادية دون تلك الفنية والتقنية مادامت لم تقترن بسوء نية الطبيب. إلى المسؤولية عن الخطأ الجسيم دون غيره، فالمسؤولية عن الخطأ الطبي كيفما كان ومهما كانت درجته. وصولا إلى حد محاولات تأسيس المسؤولية بدون خطأ والتشديد في التزامات الطبيب. فكل هذه التطورات تدل بما لا يدع مجالا للشك اهتمام وحرص كل من الفقه والقضاء والتشريع المتزايد بموضوع المسؤولية الطبية، حيث لازالت تطل علينا البحوث الفقهية وتطالعنا الأحكام القضائية وتُعدّل النصوص التشريعية بين الفينة والأخرى بكل جديد فيما يتعلق بتطبيقات الأخطاء الطبية، ومسائل إثباتها، وقضايا الخبرة الطبية، وتقرير قواعد المسؤولية وغيرها.

الثاني: تزايد وتيرة وحدّة الأخطاء الطبية في كثير من الدول ومنها الجزائر، حتى أضحى الخطأ الطبي من المفاهيم المرتبطة بكثير من المراكز الاستشفائية والقطاعات الصحية. إلى درجة أن أصبح المريض يتوجّس من وُلوج المستشفيات أو العيادات الطبية، خشية تلك الأخطاء. ولعل ما يؤكد ذلك أمرين:

الأمر الأول: الإهمال الواضح واللامبالاة وقلة الحيطة والحذر لدى ممارسي الطب في بلادنا على مستوى مختلف القطاعات الصحية من مستشفيات ومراكز صحية وعيادات طبية. حيث ضاعت الرسالة النبيلة والشريفة لمهنة الطب من أيدي كثير من الأطباء، ذلك أن همّهم اقتصر بالدرجة الأولى على الجانب المادي، مستندين في تقديم علاجاتهم إلى اعتبارات شخصية ومادية واجتماعية واقتصادية لدى المرضى. وهذا لاشك أنه يتنافى ومهنة الطب الإنسانية النبيلة.

الأمر الثاني: قلة النصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب، ولاسيما ما يتعلق منها بقواعد وأحكام المسؤولية المدنية أو التأديبية أو الجنائية. فضلا عن غموض النصوص القانونية القليلة الموجودة وعدم وضوحها ومسايرتها لتطورات ومستجدات المسؤولية الطبية. إذ يتسم ما هو موجود منها كقانون حماية الصحة وترقيتها رغم تعديلاته الحديثة [1] ومدونة أخلاقيات مهنة الطب بالعمومية والسطحية، دون تفصيل لأصول وضوابط مختلف تخصّصات مهنة الطب المختلفة، وكذا قواعد المسؤولية وموجباتها.

– أهمية ومكانة الخطأ عموما والطبي خصوصا ضمن قواعد المسؤولية المدنية، ذلك أن الخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية الطبية المدنية سيظل في رأينا الأساس الرئيسي لها. وإن كان ذلك لا يمنع من تخلّي هذه المسؤولية عن هذا الأساس التقليدي في حالات خاصة وتطبيقات مختلفة يفرضها التطور العلمي والتقني لمهنة الطب وأساليبها.

وفي هذا الشأن يجب التأكيد بأن المسؤولية الشخصية لم تختف بعد، كما أنها ليست في طريقها للاختفاء كما يدّعي البعض، إذ هذه مجرّد أماني فردية لا أصل لها في الواقع الاجتماعي. إن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يجسّد مفهوما ساميا للإنسانية، ويحقق أملا من أثمن أمانيها على مر العصور، ألا وهو الأمل في الحرية التي ترتبط دون شك بالمسؤولية الشخصية. كما يرتبط بالمدنية المعاصرة في ذات الوقت الذي يمثل فيه تراثا إنسانيا وأخلاقيا قيمًا.

لذلك نعتقد أنه من أجل الاحتفاظ بالمفهوم الحقيقي للخطأ دون تشويه أو تحريف، يجب تبنّي مفهوم مبسّط ومرن له، مع ضرورة تنقية فكرة الخطأ مما قد يشوبها من غموض وخلط. هذا كله مع الاعتراف بوجود أنظمة أخرى للتعويض التلقائي والمحدد للأضرار، باعتبارها ليست بديلا عنه، وإنما تتعاون معه لملاحقة التطورات العلمية والاجتماعية المتنوعة والمعاصرة، في ظلها يتمتع المريض المضرور بميزة أساسية ومهمة، وهي الإعفاء من عبء إثبات خطأ الطبيب المسؤول.

---

[1] آخر تعديل لقانون حماية الصحة وترقيتها كان بموجب القانون رقم 08- 13 .مؤرخ في 17 رجب 1429 هـ/ 20 .ليو 2008 ، ..ر رقم 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.

وفي إطار هذا التوجّه يرى البعض أن المسؤولية المترتبة عن النشاط الطبي تظل كما في فرنسا سنة 1804 مبنية على إقامة مسؤولية الطبيب الممارس، استنادا إلى خطأ ثابت وعلاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر اللاحق بالمريض.[1]

ولعله يكفينا للتدليل على مكانة الخطأ وضرورته كأساس لقيام مسؤولية الطبيب المدنية، أن نقتصر على سببين:

الأول: أن المشرع الجزائري قد حرص على إبراز دور الخطأ وإثبات ركنيته ضمن قواعد المسؤولية المدنية. فقد اعتنق التشريع المدني الجزائري في تعديلاته الحديثة صراحة فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في عمومها. كما تبنّى الخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب بموجب مدونة أخلاقيات مهنة الطب في المادة 13، إضافة إلى المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا القانون رقم 90 - 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها في مادته 08 ، حيث نصوا صراحة وبشكل واضح على تأسيس مسؤولية الطبيب المدنية على الخطأ.

الثاني: أن القضاء الجزائري شدّد هو الآخر على أهمية الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب. إذ رغم قلة الأحكام القضائية المرتبطة بموضوع المسؤولية الطبية، إلا أن ما صدر منها ولاسيما الأحكام القضائية الحديثة، قد تبنّت فكرة الخطأ الطبي المهني ونصت صراحة على ضرورة توافره لثبوت مسؤولية الطبيب.

– أن مسؤولية الطبيب المدنية هي مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، قائمة على أساس خطأ مهني يتمثل في الخروج عن الأصول المستقرة لمهنة الطب ومخالفة قواعدها. بغض النظر عن التقسيم التقليدي الثنائي الذي يجعل منها مسؤولية عقدية أو تقصيرية. فقد أوضحنا أن الاتجاه السليم والسائد في هذا الخصوص هو اعتبار مسؤولية الطبيب مهنية تقوم على أساس خطأ مهني، سواء كان في شكل خطأ عقدي ناجم عن العقد الطبي، أو كان في شكل خطأ تقصيري ناجم عن إهمال ورعونة في جانب هذا الطبيب.

– أن المسؤولية الطبية قد عرفت تطورات كبيرة ومُتسارعة، إن على مستوى النظريات العلمية أو الأساليب العلاجية والأجهزة التقنية الطبية، مما جعل المرضى أكثر عُرضة للأضرار والإصابات بشكل يحرمهم من التعويض بسبب عدم قدرتهم على إثبات خطأ الطبيب. الأمر الذي دفع بالقضاء ولاسيما الفرنسي بإقرار مسؤولية الأطباء و المرافق الطبية العامة دون خطأ. فكان لظهور النظم القانونية الحديثة – كتأسيس مسؤولية الطبيب على الخطأ المفترض، وتبنّي نظام

[1] Jean penneau : La réforme de la responsabilité médicale, op. cit, p 527.

التأمين من المسؤولية الطبية، والتشديد في التزامات الطبيب وإقرار الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بالسلامة-، المتجهة إلى حماية المرضى المضرورين وضمان تعويض عادل لهم، الأثر البالغ في تغيير وإعادة رسم معالم المسؤولية الطبية المدنية.

– إنفراد المسؤولية الطبية بقواعد خاصة بها، نتيجة لطبيعة مهنة الطب في حد ذاتها. فالخطأ الطبي الموجب للمسؤولية يجب أن يكون ثابتا ومؤكدا وقاطعا، بغض النظر عن حجمه أو طبيعته أو وصفه. شريطة أن تتوافر شروطه وضوابطه بأن يقاس في تقديره بمسلك الطبيب الوسط في نفس الظروف المختلفة المحيطة بالطبيب المسؤول. من جهة أخرى تتعدّد الأخطاء الطبية وتختلف من حيث طبيعتها وإثباتها وأهميتها بالنسبة لكل من المريض والطبيب على حد سواء.

نخلص مما تقدم أن فكرة الخطأ قابلة للتطور، وليس ثمة ضرورة لإنكاره مادام أنه يتّسع للحالات التي تطوّرت فيها المسؤولية الطبية المدنية. وأن هذه المسؤولية وُلدت لتبقى، وأن ركنها الأساس وهو الخطأ قد بقي، وأنه بدون الخطأ لا تكون هناك مسؤولية إلا في الحقول الضيقة. فبمبدأ المسؤولية غير الخطئية لا يحتل إلا ميدانًا ضيقًا ومجالاً محدودًا.

وتكريسا لهذه النتائج ومن أجل أن يكون لهذا البحث بُعده العلمي والعملي في نفس الوقت، فإننا نرى مجموعة من الآليات والحلول هي بمثابة اقتراحات من أجل وضع المسؤولية المدنية للطبيب في مسارها السليم في القانون الجزائري خصوصا، ومن ذلك:

– ضرورة الإسراع في وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الصحي وبمهنة الطب، يُراعى فيها ما حقّقه الطب من تطور وازدهار في مختلف مجالاته وتخصصاته من ناحية. كما يُراعى فيها الأخذ بما وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية من ناحية أخرى. بشكل يسمح بسن نصوص قانونية متنوعة ومتكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور، وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في القيام بمهنته.

– إسناد إجراء الخبرة الطبية إلى لجنة أو هيئة طبية تتولى القيام بإجراء الخبرة، حيث ظهر جليا قصور الاكتفاء بخبير واحد والاعتماد عليه في إثبات خطأ الطبيب. إذ نرى ضرورة إنشاء لجان طبية متخصّصة لتقدير الأخطاء الطبية وإثباتها، تضم في عضويتها طبيب متخصّص أو اثنين، وأستاذين جامعيين متخصّصين ممّن لهم الخبرة والدراية في القانون والطب، ولما لا حتى قاض أو اثنين ممن لهم اختصاص وكفاءة وخبرة في قضايا المسؤولية الطبية.

– تبنّي نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية لجميع الأطباء، يسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجبر ما أصابهم من ضرر، ويساعد الطبيب على حل مشكلة دفعه للتعويض. دون أن يفكر في اللجوء إلى وسائل لا تتناسب وشرف مهنة الطب لدرء المسؤولية عن نفسه. هذا فضلا على أن مثل هذا التأمين يشجع الأطبا ء على روح المبادرة والابتكار.

– بما أن جُل الخدمات الطبية في بلادنا تقدم من قبل مستشفيات وعيادات القطاع العام، فإن غالبية الأخطاء الطبية وتدني مستوى الخدمات الصحية ورداءتها إنما تكون في مواجهة هذا القطاع. الأمر الذي يستدعي ضرورة التفكير في إنشاء أجهزة رقابية تتولى مراقبة سير المرافق الطبية وعمل وسلامة الأجهزة الطبية، وكذا جودة الخدمات الطبية طبقا لما هو منصوص عليه دستوريا وقانونيا بما يضمن العيش والحياة الكريمة لجميع المواطنين.

– تدريس المواد المتعلقة بالأخطاء الطبية وبالمسؤولية المترتبة عنها لطلبة كليات الطب في مختلف الجامعات، بما يسمح لهم ويُمكّنهم من الاطلاع على شرف المهنة وقدسيتها، وكذا حجم المسؤولية المناطة بهم، ومعرفة حكم القانون فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم.

– أخيرا ومسك الختام ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها الشريعة المحكمة الصالحة لكل زمان ومكان، للاستفاد ة من تعاليمها وأحكامها وتطبيق نصوصها فيما يتعلق بمختلف الجوانب القانونية، ولاسيما أحكام وقواعد المسؤولية الطبية، خاصة وأن الشريعة الغرّاء قد نظمت أحكام الخطأ (التعدي) وأحكام المسؤولية الطبية بشكل منسجم ومتكامل، يحتاج لتطويرها والنهوض بها جهد وبحث من قبل فقهاء الشريعة.

ختاما أرجو أن أكون قد وفقت فيما قدّمته من خلال هذه الرسالة، فهذا جهد المقل، كما أرجو كذلك أنني وفقت في محاولة إضافة لبنة إلى صرح البحث العلمي، ويكفيني بذلك شرف المحاولة. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

قائمة المختصرات

ق. م أو ق. م. ج : القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

ق.ع أو ق. ع.ج : قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ق. إ. م. إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.ج أو ق.إ.ج.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

ق. أ : قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

ق. ت : القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

المدونة : مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

ق 85- 05 : القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

م. ج : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية.

م. ق : المجلة القضائية.

ن. ق : نشرة القضاة.

غ. م : الغرفة المدنية.

غ.ج : الغرفة الجنائية.

غ. ق. خ : غرفة القانون الخاص.

غ. ق. ج : غرفة القانون الجنائي.

د. و .ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ج. ر : الجريدة الرسمية.

ج : الجزء.

ط : الطبعة.

ص : الصفحة.

ق. م. ف : القانون المدني الفرنسي .

ق. م. م : القانون المدني المصري.

Liste des abréviations

A.J.D.A : Actualité Juridique du Droit Administrative.

A.N.A.E.S : Agence National D'Accréditation et d'Evaluation en Santé .

ART : Article.

Al : Alinéa.

B.Civ : Bulletin Civil.

B.crim : Bulletin de la chambre de la cour de Cassation.

C. A : Cour D'appel.

C.A.A :Cour Administrative D'Appel.

Cass : Cour de cassation.

Cass .1er Civ : Première chambre civile de la cour de cassation.

Cass.Ass.Plen : Assemblée Plénière de la cour de cassation.

C.civ : Code civil.

C.E : Conseil D'Etat .

C.E.ass : Assemblée du conseil D'Etat.

D. : Dalloz - ou - Recueil Dalloz.

D.H : Dalloz hebdomadaire.

Gaz. Pal : Gazette du Palais.

Gaz. Pal. H : Gazette du Palais Hebdomadaire.

I.R : Information Rapides.

J.C.P : Juris_Classeur Périodique.

J.O : Journal Officiel.

Jur : Jurisprudence.

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

Obs. : Observation.

P : Page.

P.A : Petites affiches.

R.U.F : Presses Universitaires de France.

Res.civ. assur : Responsabilité Civil et Assurance.

R.F.D.A : Revue Française de Droit Administrative.

R.G.A.R : Revue Générale des Assurances et des Responsabilités.

R.G.D.M : Revue Générale de Droit Médicale.

R.I.D.C : Revue Internationale de Droit Comparée.

R.T.D : Revue Trimestrielle de Droit.

R.T.D.C : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

S.J : La semaine Juridique.

Somm : Sommaires Commentes.

T.A : Tribunal Administratif.

مــــقـــدمـــة :

لا يشك أحد في تربّع موضوعات المسؤولية المدنية بصفة عامة، على قمّة الدراسات ومواضيع البحث الجديرة بشغل أذهان الباحثين وجذب أنظارهم، لما لها من طابع عملي يلمس أثره كل من له احتكاك بالمجتمع. ذلك أن المسؤولية هي نقطة الارتكاز في الفلسفة التشريعية للقانون المدني، بل للقانون برمّته. وهي قُطب الرحى الذي يدور حوله صراع الخصوم، ومَكمَن الحساسية من جميع النظم القانونية.

وقد تجاوزت أهمية قواعد المسؤولية نطاق الخطورة النظرية، والجدل الفقهي المحض، لتحتل مركز الصدارة في الحياة العملية. إذ أصبحت من أكثر الموضوعات إثارة وتعبيرا في القيّم الاجتماعية، وهذا ما جعلها تتميّز بالتطور والتجديد استجابة للمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

وما من شك أن تحديد المسؤولية يزداد صعوبة في المجال الطبي، أكثر منه في أي مجال آخر كالمسؤولية عن حوادث السيارات أو إصابات العمل أو غيرها. وذلك لما للعمل الطبي من خصائص وصفات تميّزه عن باقي النشاطات، مما جعل فقهاء القانون يخشون وُلُوج هذا الموضوع "الفني البحت"، لما لمكانة الطب من قُدسية وحرمة وأسرار. مما جعل قواعد المسؤولية الطبية عاجزة عن الإحاطة بكل الحالات التي تُعرض على القضاء، وذلك لسببين متعارضين:

أولهما التطور الهائل والسريع لعلم الطب في مختلف مجالاته، حيث تقدّم بأشواط كبيرة عن تقدم القانون الطبي. والثاني عدم جرأة وقدرة كثير من فقهاء القانون عن الدخول في متاهات المجال الطبي الحسّاس، من أجل تقرير وضبط قواعد المسؤولية الطبية المدنية. ولاشك أن هذا ما يدفعنا لإدراك حقيقة واقعية، تتمثل في مدى عمق الهوّة التي تفصل حاليا بين التطور التقني والعلمي للطب، وتأخر وتذبذب علم القانون عن مسايرة تطور علم الطب.

ولما كانت المسؤولية في معناها العام هي المؤاخذة والتبعة[1]، فهي بهذا المعنى تتنوع إلى أنواع تبعا لاختلاف أسبابها ونتائجها في المجال الطبي.

---

[1] سليامن مرقس :لاف يفاولـ مـ شر لا القانم الـ ف مندمـ مـ الالتزامات، المجلد الاثني: الفعل الضار والسؤوليـةي الدمنلا. ـ القسم الأول: (فمـ الأحكاو العامة)، الطبعة الخامسة، دار الكتب القانونةي، مصلأ، 1988،ص 01.

فقد تكون مسؤولية الطبيب تأديبية (أدبية)، متى خالف قواعد أخلاقيات مهنة الطب وأصولها.[1]

وقد تكون مسؤولية جنائية إذا كان فعل الطبيب يشكل جريمة يعاقب عليها القانون كالقتل أو الجرح أو الإصابة أو الإجهاض...، سواء كانت عمدية أو من قبيل الخطأ الذي يتخذ أكثر من صورة كالإهمال والرعونة وعدم الاحتراز، أو عدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة، فتقوم مسؤولية الطبيب الجنائية ويكون معرضا للعقوبة الجنائية المناسبة.

وقد تكون مسؤولية الطبيب مدنية، تتمثل في تعويض المريض المضرور عما حل به من أضرار مادية أو أدبية بسبب الخطأ الطبي الصادر من الطبيب.

ولما كانت مسؤولية الطبيب المدنية من الأهمية بمكان، ذلك أن الأمر يتعلق هنا بطبيب يمارس مهنة من أنبل المهن، ويحتاج للقيام بعمله كاملا إلى قدرٍ كبير من الثقة والحرية والاطمئنان من جهة. ومن جهة ثانية أن الأمر يتعلق بحياة مريض أو سلامته الجسدية، فهو يضعهما بين يدي الطبيب والتي هي أثمن ما يملك، ومن أثمن القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها باعتبارها من النظام العام.

وهكذا لم يكن أمر المسؤولية الطبية منذ وُجدت بالأمر الهيّن، ذلك أنها ترتبط بالمساس بجسد الإنسان، والذي لا ينفصل عن عواطفه ومشاعره. بل إن المساس بهذا البدن لا يستقل عن وجهة نظر خاصة يضعها كل إنسان لنفسه، ويقدرها تقديرا ذاتيا خاصا به، وما يزيد تعقيدا لهذا الاعتبار تلك المشاكل القانونية للتدخل الطبي على هذا الجسد. فالمريض في ظروف الخطر ونظرا لعلّته وضعفه قد يختلف تقديره للأمور عن تقدير طبيبه من جهة، كما أن مشكلة العلاقة القائمة بينهما هي مشكلة العلاقة الإنسانية، قبل أن تكون مشكلة الرابطة القانونية من جهة أخرى. لذلك قيل بحق أن المسؤولية الأخلاقية للطبيب تبدأ قبل أن تبدأ مسؤوليته القانونية.

لقد كانت الصلة بين المريض وطبيبه قائمة على أساس من الثقة والاحترام والصداقة، إذ لم يكن للعائلة إلا طبيبا واحدا يعرفه أفراد الأسرة معرفة خاصة ويثقون به وبمستواه الطبي. وهكذا لم

---

[1] أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب. ج. ر رقم 52 الصادرة بتاريخ: 1992/7/08.

Voir aussi : L'article 01 de Décret n°95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale modifiée et complétée.

C.E : 05/03/2008, n°305922.

Cour d'appel de Grenoble : 22/10/2007, n° 07 - 2632.

انظر: علي عيسى الأحمد: المسؤولية التأديبية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، مصر، 1429هـ/2008م، ص 244 وما بعدها.

يكن مُستساغا أن يكون هذا الطبيب الثقة موضعًا للاتهام والتقصير والمسؤولية، لمجرّد فشله في علاج مريضه والوصول به إلى شاطئ الأمان وبر الشفاء.

غير أن هذه العلاقة بين الطبيب والمريض لم تكن لتعمّر طويلا، فقد أدّى تقدم المجتمع المدني الحديث بضخامته وتطور وسائله الفنية والتقنية إلى تراخي الصلة الشخصية بينهما، وتلاشت المعرفة الخاصة تدريجيا بظهور المجتمعات المتمدّنة. إذ لا يكاد المريض يعرف الطبيب الذي يلجأ إليه لمعالجته في أغلب الحالات، وإنما يلجأ إليه لتخصّصه وسمعته. وهكذا انتشر التدهور في جوّ الثقة الذي كان يسود العمل الطبي وتوسّع بتوسّع معطيات جديدة كالتأمين من المسؤولية، وزيادة الأخطار المرتبطة بالعلاج، مما كان له تأثيرا واضحا في تغيير الصورة التقليدية للعلاقة القائمة بينهما. وقد تم هذا التحول الجذري في هذه الصلة التي كانت قائمة بين الطبيب والمريض في وقت قطع فيه الطب خطوات جبارة في طريق التقدم والرقي.

فقد كان الطبيب الجراح إلى مطلع القرن العشرين عُرضة للفشل في معظم العمليات الجراحية التي يُقدم على إجرائها، لاسيما قبل اكتشاف المواد المطهرة وبعض أنواع المخدر. أما في العصر الحالي فقد اكتشفت المضادات الحيوية، واخترعت المعدات والأجهزة الطبية، وتطورت الأساليب العلاجية، مما أصبح معه سهلا وميسورا ما كان صعبا أو حتى مستحيلا على الطب إلى وقت غير بعيد.

لاشك أن التطور الطبي يمثل في الوقت الراهن منعطفا حاسما وخطيرا، على قدر كبير من الأهمية في تاريخ الطب، إذ غدا الطب الحديث سيّد العلاج والمرض. فإطالة الحياة بالأساليب الصناعية (أجهزة الإنعاش الصناعي)، قد استرعى الانتباه نحو ضرورة وضع معيار جديد للوفاة. كما أن الأطباء لم يكتفوا بنقل وزرع الكلى والقلب والكبد وغيرها من الأعضاء، وكذا إجراء عمليات التجميل المعقدة، بل نجحوا في إحياء الأجنة خارج رحم الأمهات للتغلب على مشاكل العقم لديهن، وصولا إلى الاستنساخ وزرع الجينات والخلايا...وغيرها من مظاهر التطور الطبي.

لقد أصبح الطب فعالا إلى درجة لم يسبق لها مثيل، وبالمقابل وفي نفس الوقت أصبح خطرًا أيضا بدرجة لا مثيل لها، إذ أصبحت تقنيات استعمال الأدوية أو الأجهزة والمعدّات الطبية تتضمّن أخطارا لا حدود لها. الأمر الذي يستدعي التأكيد على التزام الطبيب ببذل مزيدٍ من العناية بمرضاه، تتماشى وهذا النسق من التطور العلمي والتقني من جهة، ويثير التساؤل حول المسؤول عن تلك الأخطار ومدى تطبيق قواعد المسؤولية الشيئية في هذا الصدد من جهة أخرى.

لا يماري أحد في أن التقدم العلمي والتقني الهائل في المجال الطبي قد كانت له انعكاساته على مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، إذ زادت عدد الحالات التي تثور فيها مسؤوليتهم. وفي خضم هذه الانتصارات وتلك التطورات التي تحققت لعلم الطب، كان من الممكن تصوّر نقص معدل دعاوى المسؤولية الموجهة ضدهم. غير أن الواقع أثبت عكس ذلك، فأصبح مُلاحظا تزايد عدد قضايا المسؤولية الطبية بمعدل مضطرد عمّا كان عليه سابقا. فقد تضافرت عدة أسباب لتفسير هذا التشدّد والتزايد في مجال المسؤولية الطبية، بعضها مرجعه إلى التطور الهائل في المجال الطبي ذاته، والبعض الآخر مرتبط بدرجة تطور الوعي الاجتماعي، كلها أسباب دفعت الناس للحرص أكثر على صحتهم والسعي في ضمان سلامتها.

ففي مجال التطور الطبي وصل الأمر إلى اختراع أجهزة ووسائل فنية بالغة التعقيد والتركيب، بل يصعب أحيانا استخدامها، وأبيح للأطباء استعمالها رغبة في علاج المرضى والسعي في شفائهم. وقد انعكس ذلك في صورة تقلّص دور الطبيب الفرد في حياة المريض، ليحلّ محله الفريق الطبي الجماعي، نظرا لما تقتضيه هذه الوسائل وتلك الأجهزة من تعاون عدد كبير من الأطباء والجراحين والفنيّين في كافة المجالات المتخصّصة من جهة، فلم تعد العمليات الجراحية تقتصر على الجراح وحده، بل يشترك معه طبيب التخدير وطاقم من المساعدين، وتُجرى العملية في أروقة المستشفى حكوميًا كان أو خاصًا، كل هذا يتطلّب تحديدًا لمسؤولية تلك الأطراف المتداخلة. ونظرا لما تنطوي عليه إدارة تلك الأجهزة والمعدات الطبية من قدر كبير من المخاطر من جهة أخرى.

أما في نطاق التطور الاجتماعي، فقد صاحب التطور الطبي ذاته تحوّل في نظرة الجمهور إلى الأطباء، باعتبار أن ذلك جعل من غير المتصوّر حدوث أخطاء وتقصير، كان يمكن تقبلها في ما مضى. وهكذا لم يعد يعتقد المريض حاليا في كثير من الأحيان إمكانية فشل الطبيب وخيبة تدخله العلاجي أو الجراحي، حتى خلط عن علم وإدراك بين حقه في الرعاية الطبية وبين حقه في سلامة صحته وضمان الشفاء. ففي كثير من الحالات التي يخفق فيها الطبيب أو الجراح في العلاج أو الجراحة، لا يتردّد المريض في نسبة الخطأ والتقصير أو سبب الفشل والإخفاق لهذا الطبيب أو ذاك الجراح، مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي لحق به. ومن هنا ليس مستغربًا أن يستشعر الأطباء قدرًا من الإحساس بالظلم حين تطبق على علاقاتهم بمرضاهم القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

غير أن القضاء ولحسن حظ المرضى، كان دائم الحرص على تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية لهم وضمان سلامتهم البدنية والصحية، فالمريض هو الطرف الضعيف في علاقته بالطبيب. فقد كان للقضاء الحديث دور كبير وخطير فيما يتعلق بمسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، حيث أبدى

تشددًا أكثر وحرصًا أكبر في مواجهة الأخطاء والأخطار والأضرار، لاسيما في مثل علاقة الطبيب بالمريض أين يكون الأول مقترف الخطأ في مركز أقوى من الثاني. وهكذا لم تقتصر مهمّة القضاء على تفسير النصوص، بل تعدّته إلى الخلق والابتكار، ذلك أن النصوص القانونية كانت من الضآلة والغموض وعدم الوضوح، بحيث لم تكن لتسدّ الحاجة لو لم يتوسّع القضاء في فهمها، ويحلّ محل المشرع في سد النقص الفطري الذي يعتري القانون.

وما من شك أن مشكلات المسؤولية الطبية المدنية من أكثر المجالات في دائرة المسؤولية المدنية أهمية من حيث الحيوية والخطورة والاهتمام، ذلك أن هذه المسؤولية تنبثق عن مجال تعامل يقف الإنسان في مركزه الرئيسي محكوما بمبدأ حُرمة وسلامة الجسد البشري وتكامله. فهذا المبدأ هو أول محور أساسي يحكم مشكلات مسؤولية الطبيب المدنية، فهو يحكمها من حيث سند مشروعية العمل الطبي، ومن حيث أنه يضع مبدأ التكامل الجسدي البشري وسلامته كهدف ينبغي أن يكون محلا للمسعى الأساسي للطبيب أو الجرّاح.

وهكذا واجهت مسؤولية الطبيب دائما مشكلة تحقيق التوازن بين اعتبارين مختلفين: الأول حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء والجراحين من أخطاء قد تكون لها آثار سيئة، وضمان توفير العناية الطبية اللازمة والتأكيد على سلامتهم الجسدية كهدف أساسي للتدخل الطبي. أما الاعتبار الثاني فهو توفير الحماية المطلوبة للأطباء والجراحين لممارسة العمل الطبي، من خلال تمكينهم من قدر أكبر من الحرية والإبداع في ممارسة عملهم.

ولما كان الخطأ هو قوام المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا، وعليه يتوقف وجودها، فإذا انتفى الخطأ فلا مسؤولية ولا تعويض، وهذه قاعدة تقليدية انعقد عليها إجماع الفقه والقضاء في فرنسا إلى قبيل القرن التاسع عشر، نظرا لأهمية فكرة الخطأ في الحياة القانونية. فإن خطأ الطبيب كفكرة قانونية قد تصدرت مجال المناقشة، وتربّعت على مواضيع المسؤولية المدنية الحديثة.

إن موضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية من المواضيع المهمة الشيقة والشائكة. فهو مهم نظرا لأهمية المهنة الطبية وارتباطها الوثيق الصلة بحياة الإنسان وسلامة أعضاء جسده، وما تجسده هذه المهنة من طابع فني محض ينفرد فيه الطبيب أو الجراح بسائر الجسم البشري. وهو شيق لأنه يتعلق بقيمة الإنسان وسلامة جسده واحترام كيانه، كما أنه موضوع شائك لأنه محاولة تعد بمثابة نداء يهدف إلى توجيه الفكر القانوني والنظر إلى أن المسؤولية المدنية إذا كانت وظيفتها تفادي أو حتى جبر الضرر، فإن أساسها هو البحث عن مصدر هذا الضرر، وأن عضوها الفعال هو الالتزام بضمان سلامة المريض. وإذا كان هدفها المأمول أو المنشود هو تحقيق التوازن بين علاقات الأفراد

(الطبيب والمريض)، بقصد تحقيق صورة مستقيمة لها تمنع التذبذب والاضطراب، فإن البحث في أساسها والأخذ بذلك الالتزام هو أداتها في رسم تلك الصورة التي تصنع الجسم السليم للمجتمع.

وما من شك في أن توجيه الفكر القانوني يتحدد في أن يجتاز هذا الفكر مرحلة انتقالية، يحاول فيها جاهدا تطوير نظمه، ليلحق بركب ثورة العلوم والتقنيات الحديثة التي أصابت حركة حياة الأفراد في المجتمع، وإذا كان القانون الذي يظهر لنا غالبا كنتاج لحركة الحياة الاجتماعية، فإنه يجب ألا يفقد فاعليته وحيويته الخاصة، أي القدرة على التأثير والتأثر، التأثير في تلك الحركة وتحديد مسارها وشكلها النهائي، فهو نتاج محدد، ولكنه أيضا مؤثر محدد في حركة تبادلية جدلية.

ومهما يكن الحال، لاشك أن دراسة الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المدنية، تكتسي أهمية بالغة، لما لها من فائدة أكيدة سواء بالنسبة لرجال القانون أو الأطباء أو المجتمع بمختلف شرائحه على حد سواء. إضافة إلى أهمية الموضوع ومكانته، فقد كانت هناك أسباب جد مهمة دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع بالبحث والدراسة، لعل أهمها:

أولا: أن فكرة الخطأ تحظى بأهمية كبيرة في قانون المسؤولية المدنية، فهي ليست شرطا لقيام المسؤولية المدنية فقط، ولكنها تمثل أيضا الأساس الذي يقوم عليه نظام المسؤولية المدنية بأكمله سواء في الجزائر أو في فرنسا. وإذا كانت هذه الفكرة قد تعرّضت لانتقادات شديدة أظهرت ضُعفها وقصورها مما دفع المشرع إلى استبدالها في عدد من المجالات التي لا يُستهان بها بأنظمة أخرى للتعويض، فإنه يكون من الضروري تحليل هذه الفكرة جيدا عن طريق ردّها إلى أصولها الأولى، لأن ذلك يساعدنا كثيرا في معرفة نقاط الضعف التي انطوت عليها، والتي ظهرت واضحة في الآونة الأخيرة بصورة أصبحت تهدّد وجودها نفسه.

ثانيا: أن دراسة الخطأ تمكننا من التمييز داخل هذه الفكرة بين مفهومين مختلفين بدرجة كبيرة. الأول هو المفهوم الأخلاقي للخطأ، والثاني هو المفهوم القانوني له. فإذا كانت فكرة الخطأ فكرة أخلاقية المصدر إلا أنها بدأت تفقد هذه الصفة شيئا فشيئا منذ نهاية القرن التاسع عشر. وبعبارة أخرى أكثر وضوحا فإنه إذا كان الخطأ في الأخلاق أمرا نفسيا بحتا، فإنه لا يمكن أن ينشأ من الناحية القانونية إلا بتوافر عناصر مادية ظاهرة يمكن للقاضي الحكم عليها. فدراسة الخطأ تسمح لنا إذن بتحديد المفهوم القانوني الصحيح لهذه الفكرة بعيدا عن الاعتبارات الأخلاقية.

ثالثا: أن فكرة الخطأ كانت تمثل العمود الفقري لقانون المسؤولية المدنية والأساس المطلق الذي يقوم عليه هذا النظام. وإذا كانت هذه الفكرة قد تراجعت في وقتنا الحالي، فإن تراجعها لم يحدث فجأة، وإنما سبقته تطورات عديدة بدأت منذ نهاية القرن الماضي مهّدت له وجعلت حدوثه أمرا

طبيعيا بل ومنطقيا. ولهذا فإنه ينبغي معرفة هذه التطورات في المجال الطبي لأنها تساعدنا كثيرا بلا شك على فهم نظام المسؤولية الطبية المدنية جيدا.

فدراسة الخطأ الطبي تتيح لنا التعرف على التطورات العلمية والتقنية، وبصفة عامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي حدثت في المجتمع نتيجة للثورة الصناعية والتقدم العلمي، والتي شكلت النواة الأولى لبدء حركة واسعة قام بها الفقه والقضاء والمشرع لحماية ضحايا الأخطاء الطبية عن طريق توفير تعويضات ملائمة لهم دون الاهتمام بخطأ الفاعل.

رابعا: أن هذه الدراسة تُظهر لنا بوضوح البعد الاجتماعي لفكرة الخطأ في إطار المسؤولية الطبية، والذي كان له أكبر الأثر في اهتزاز فكرة الخطأ الأخلاقي وتراجع المفاهيم الفردية أمام المفاهيم الاجتماعية التي تضع مصلحة المجتمع في المقام الأول. وهكذا فإن دراسة الخطأ الطبي وبيان أحكامه تمكننا من التعرف على الفلسفة التشريعية القانونية التي تهيمن على نظام المسؤولية المدنية بصفة عامة.

خامسا: يتوقف على المفهوم الذي نتبناه لفكرة الخطأ وتحديد دور القاضي في المنازعات المطروحة أمامه. فإذا تبنينا مفهوما أخلاقيا بحتا للخطأ فإن مهمة القاضي تصعب بدرجة كبيرة في المجال الطبي، أثناء الفصل في النزاع والتأكد من ثبوت الخطأ من عدمه. إذ يضطر في هذه الحالة إلى تحليل نفسية الطبيب محاولا كشف خباياها وما تنطوي عليه من رعونة وإهمال. أما لو اعتنقنا – على النقيض من ذلك– مفهوما اجتماعيا لهذه الفكرة لأسهمنا كثيرا بذلك في تسهيل عمل القاضي، الذي سيقتصر دوره في هذه الحالة على التحقق من وجود انحراف في مسلك الفاعل بعيدا عن أي تحليل نفسي آخر.

سادسا: وأخيرا تمكننا دراسة فكرة الخطأ من معرفة الأسس الأخرى التي قدمها الفقه لتحل محل هذه الفكرة والاختيار أو التوفيق بينها. وبقدر ما يكون هذا الأساس الجديد قويا ومتماسكا بقدر ما يكون نظام المسؤولية المدنية نفسه قويا وقادرا على تحقيق العدالة والنظام الاجتماعي.

إن الأهمية الفائقة لموضوع بحثنا الخطأ الطبي في إطار قواعد المسؤولية المدنية، تتجلى أكثر وبصورة أكيدة وواضحة لما يثيره من إشكالات واستفسارات عديدة ومتنوعة، تصب في مجملها حول أساس المسؤولية وطبيعتها وكذا أهم تطبيقات الخطأ الطبي وإشكالات إثباته.

ويمكن حصر هذه الاستفسارات والإشكالات جميعها في إشكاليتين رئيسيتين:

الإشكالية الأولى تتعلق بمدى جدارة الخطأ بأن يظل أساسا للمسؤولية المدنية للطبيب ؟ بمعنى هل لازال الخطأ الطبي أساسا لمسؤولية الطبيب المدنية ؟ أم أن التطور العلمي والتقني للمجال الطبي

خصوصا، وكذا تطور المجتمعات والنظم القانونية، وتغيّر المعطيات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وبروز توجهات فكرية ونظريات علمية حديثة عموما، أدّت إلى تقليص مكانة الخطأ – بل واستبعاده–، وتعويضه بالضرر – باعتباره قيمة اجتماعية– كأساس جديد للمسؤولية الطبية ؟

أما الإشكالية الثانية فمفادها هل استطاعت مختلف العوامل من تطوّر لقواعد المسؤولية المدنية، ومحاولات الاستغناء عن فكرة الخطأ وتعويضها بأسُس أخرى كتحمل التبعة والمخاطر، وصولا للضرر، أن تُقصي فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية، أم أنها ساهمت في تهذيبه وإعادة صياغته بشكل يسمح له بالبقاء كأساس للمسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا، إلى جانب الأسس والأفكار الأخرى ؟

وإذا كان الأمر كذلك، فما هي أهم تطبيقات الخطأ في مجال المسؤولية الطبية ؟ وما هي صوره؟ وما هي قواعد وأصول وصعوبات إثباته في المجال الطبي ؟

وجدير بالتنبيه أنه نظرا لدقة هذا البحث وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، فإننا نطرح الجدل والنقاش النظري جانبا – قدر الإمكان، ونعتمد على الجانب العملي في دراستنا لموضوع الخطأ الطبي في إطار قواعد المسؤولية المدنية. جاعلين من أحكام القضاء ولاسيما القضاء الفرنسي ومحاولات الفقه والتشريع المقارن، أساسا لهذا البحث المتواضع. ذلك أن قرارات المحاكم كانت هي الومضات التي تجسّد دور مكانة وحدود الخطأ في المسؤولية المدنية الطبية، وتبلور طبيعة هذه المسؤولية وأحكامها وتكرّس صورها وتطبيقاتها.

وقد اقتضت منا الإجابة عن الإشكالات التي يطرحها موضوع الدراسة، الاعتماد على منهجية، وظفنا من خلالها ثلاث مناهج علمية مختلفة: التاريخي والمقارن والتحليلي.

فاعتمادنا على المنهج التاريخي فرضه التطور المستمر لقواعد مسؤولية الطبيب المدنية، التي تعرف حركية مستمرة بفعل تطور مهنة الطب وأساليبها، حيث لم يُكتب لها الاستقرار، ولاشك أن هذه الدراسة لن تستقيم دون البحث في التطور التاريخي الذي عرفته قواعد مسؤولية الطبيب المدنية، والأسباب التي دعت وواكبت ذلك والنتائج التي ترتبت عنه.

أما استخدام المنهج المقارن فكان من منطلق البحث لدى مختلف النُظر القانونية، والاستفادة منها، من أجل وضع الإطار المناسب للخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية. لاسيما إذا أدركنا حقيقة ثابتة تتمثل في مدى أهمية وقدرة وأسبقية كل من فقه الشريعة الإسلامية وكذا الفقه والقضاء الفرنسي في وضع ملامح وإقرار قواعد ومعالم لمسؤولية الطبيب المدنية.

أما المنهج الاستنباطي أو التحليلي، فقد تم توظيفه على أساس التحليل العلمي لمختلف النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المختلفة بشأن الأخطاء الطبية والمسؤولية المدنية. إذ يبرز استخدام هذا المنهج بجلاء في بداية هذه الرسالة والتي خلصنا فيها إلى جملة من النتائج التي نرجو أن تكون ذات نفع وفائدة.

وبناء على هذه الاعتبارات السابقة، ومن أجل الإحاطة التامة بأهم الأجوبة المتعلقة بموضوع الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، فقد تناولنا هذا البحث بالدراسة والتحليل في بابين:

الباب الأول: التأصيل القانوني للخطأ في نطاق المسؤولية الطبية.

وقد تعرّضنا فيه لمحاولة بحث وتأصيل ودراسة مفهوم الخطأ الطبي بطريقة علمية تحليلية، حيث قسمنا هذا الباب إلى فصلين: خصّصنا الأول منهما لبيان الطبيعة القانونية للخطأ الطبي، في حين تطرّقنا في الفصل الثاني لتطور فكرة الخطأ في مجال المسؤولية الطبية المدنية.

الباب الثاني: تطبيقات الخطأ الطبي وإثباته.

حيث تعرّضنا في هذا الباب لبيان تطبيقات الخطأ الطبي والأحكام الخاصة بإثباته، من خلال فصلين: الأول بحثنا فيه بدراسة تحليلية أهم الأخطاء الطبية من وجهة نظر مختلف التشريعات المقارنة والأحكام القضائية الصادرة. أما الفصل الثاني فقد عالجنا فيه مسائل وأحكام إثبات تلك الأخطاء الطبية المختلفة.

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

لقد ساهمت التطورات الهائلة والإنجازات العلمية المتقدمة في المجال الطبي في وضع وترتيب نظام قانوني خاص، ينظم علاقة الطبيب بالمريض، من خلال تقرير مسؤولية الطبيب المدنية والجنائية، بل وحتى الإدارية والتأديبية.

ونتيجة للمستجدات العلمية في المجال الطبي وتغيّر نظرة المجتمع لمهنة الطب، فقد حصلت تغيرات ليست باليسيرة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية للطبيب، ولاسيما ما يتعلق بأهم ركن فيها أو بالأحرى أساسها وهو الخطأ.

فقد ظلت المسؤولية المدنية للطبيب مرتبطة بفكرة الخطأ من خلال مختلف مراحله وتطبيقاته، قبل أن يتصدّع دوره كأساس تقليدي للمسؤولية الطبية من خلال عدة مجالات، الأمر الذي تطلب - حسب رأي البعض - إعادة التفكير والبحث في أساس آخر يمكن أن تقوم عليه هذه المسؤولية.

إنه لمن المناسب بل ومن الضروري بداية أن نقوم بتحديد وضبط فكرة الخطأ الطبي من خلال مختلف الجوانب، حتى نستطيع أن نبرز أهمية ومدى التطور الذي لحق الخطأ الطبي عبر مختلف مراحله وبالتالي تحديد طبيعته. الأمر الذي سيساهم في توضيح المعالم الجديدة للمسؤولية المدنية الحديثة للطبيب.

ودراسة طبيعة الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، تقتضي منا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نخصّص الأول لمفهوم الخطأ الطبي، في حين نتعرض في المبحث الثاني لبيان ضوابط الخطأ الطبي.

المبحث الأول:
مفهوم الخطأ الطبي

لاشك أن الخطأ الطبي لا يبتعد كثيرا – إن لم نقل أحد أوجه أو صور– الخطأ في مجال المسؤولية المدنية، باعتبار أن مسؤولية الطبيب ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في المجال الطبي.

وقد عرف الخطأ الطبي تطورا لا يقل أهمية عن تطور فكرة الخطأ بصفة عامة في مجال المسؤولية المدنية، بل هو يشكل امتدادا لهذا التطور من خلال ما انفرد وتميّز به من خصائص ومعايير وعناصر.

وإذا كان الخطأ الطبي يتمثل – كما سيأتي لاحقا[1]– في عدم قيام أو عدم تقيّد الطبيب بالالتزامات والقواعد والأصول الطبية الفنية الخاصة التي تفرضها عليه مهنته [2]. فإن ذلك يقتضي توضيح جملة من العناصر التي تساهم في تحديد مفهوم شامل للخطأ الطبي. لذلك رأينا من المناسب أن نتعرض لخ صائص الخطأ الطبي في المطلب الأول، ثم نتناول بالدراسة ضوابط الخطأ الطبي في المطلب الثاني.

المطلب الأول:

---

[1] انظر الصفحة 22 وما بعدها.

[2] Geneviève Duflo : La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie maloine, Paris, 1937 , p 25.

Emile Arrighi de Casanova : La responsabilité civile des médecins et le droit commun de la responsabilité civile, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1946, p 29.

علي مصباح إبراهيم: مسؤولية الطبيب الجزائية، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيي ن، الجزء الأول: (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 526.

وانظر: حسين محيو: مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، مجلة العدل (تصدر كل ثلاثة أشهر عن نقابة المحامين)، 1996، لبنان، ص 40.

محمد نجيب حسني: شرح قانون العقوبات اللبناني- القسم العام-، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1989، ص 423.

خصائص الخطأ الطبي

ظل مفهوم الخطأ مرتبطا بقيام فكرة المسؤولية، ليس باعتباره أحد أركانها فحسب، بل باعتباره الأساس الذي تقوم عليه ، الأمر الذي جعله محل بحث ومناقشة واختلاف بين أراء الفقه والقضاء ومختلف التشريعات.

وعلى الرغم من أن مفهوم الخطأ قد تعرّض لانتقادات شديدة ومآخذ كثيرة، إلا أنه لازال يشكل حجر الزاوية بالنسبة لموضوع المسؤولية المدنية لدى أغلب التشريعات ولاسيما العربية منها.

وإذا كان المقصود حقيقة ليس وضع تعريف أو تحديد لمدلول الخطأ في حد ذاته، بقدر ما هو إيضاح لما يعنيه هذا التعريف من ربط المسؤولية بفكرة الخطأ بمعنى الإثم والذنب.[1]

وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع : نتناول في أولها تعريف الخطأ الطبي، وفي الثاني تطور فكرة الخطأ ثم بيان خصائص الخطأ الطبي في الفرع الثالث.

الفرع الأول:
تعريف الخطأ الطبي

يشكل تعريف الخطأ أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية المدنية[2]، الأمر الذي ولّد اختلافا كبيرا لدى الفقهاء في هذا الشأن كما سنبيّنه . ذلك أن فكرة الخطأ في حدّ ذاتها فكرة مرنة، واسعة ومتعددة الأشكال ، تهدف إلى تناول جميع جوانب السلوك الإنساني، إضافة إلى الالتباس الذي يُثار بين المسؤولية القانونية و المسؤولية الأخلاقية، إذ الثابت أن الخطأ فكرة أخلاقية من حيث نشأتها ومصدرها.

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 42.

[2] Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André) : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Tome 1, 5eme édition, Montchrestien, Paris, 1957, p 449,450.

ولما كانت فكرة الأخلاق فكرة واسعة ينقصها التحديد والدّقة المطلوبة ، كان طبيعيا أن تكون فكرة الخطأ بدورها غير محددة وغير مضبوطة. [1] الأمر الذي يقتضي توضيح معنى الخطأ بصفة عامة، ثم التطرق لتعريف شامل للخطأ الطبي ، من خلال الوقوف على تعريفات النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية. وقبل ذلك لا بأس أن نورد التعريف اللغوي للخطأ.

البند الأول:

تعريف الخطأ لغة

الخَطَأُ والخَطَءُ والخَطَاءُ في اللغة هو ضد الصواب وهو ما لم يتعمد[2]، وفي محكم التتريل قول الله I :(وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِ)[3]، عداه بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم[4].
فالخطأ هو ضد الصواب وضد العمد وضد الواجب[5].

البند الثاني:

تحديد مفهوم الخطأ اصطلاحا

قبل التطرق لمفهوم الخطأ الطبي وتحديده، يبدو من الأهمية بمكان أن نبيّن معنى الخطأ بصفة عامة، من خلال ضبط وتحديد مختلف مراحله وصوره ، انطلاقا من التمييز بين الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني، ثم التمييز بين الخطأ القانوني الجزائي و الخطأ المدني، وأخيرا تمييز هذا الأخير عن الخطأ المهني.

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس - مصر، 1998، ص 19.
[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي: القاموس المحيط، الجزء الأول، دار الجيل، بيروت، 1952، ص 07.
[3] الآية 05 من سورة الأحزاب.
[4] ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم: لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر، بيروت، بدون تاريخ، ص 65.
[5] علي بن محمد الجرجاني: التعريفات، مطبعة أحمد كامل، اسطنبول - تركيا، 1327هـ، ص 68.

الفقرة الأولى:

تعريف الخطأ بوجه عام

يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف محكم ودقيق للخطأ في سلوك الإنسان وهذا ما لم يكن في متناول الفقهاء حيث اختلفوا اختلافا كبيرا حول تحديد مفهوم فكرة الخطأ.

ذلك أن كل خطأ ينجُم عن فعل ضار يختلف حسب نوع الفعل المرتكب وكذا حسب حجمه ونتائجه. فإذا كان إخلالا بقاعدة أخلاقية، فإن الخطأ يكون أخلاقيا. وإذا كان إخلالا بقاعدة قانونية نتج عنها ضرر بالمجتمع أو الفرد، كان الخطأ قانونيا، جزائيا كان أم مدنيا.

أولا: الخطأ الأخلاقي: يتمثل الخطأ الأخلاقي في القيام بعمل أو في الامتناع عن القيام به، بشكل مخالف للتعاليم الدينية أو للقواعد الأخلاقية والضمير[1]. الأمر الذي يؤدي إلى محاسبة المخطئ أمام الله وأمام الضمير، واستهجان المجتمع.

ومعيار الخطأ الأخلاقي هو ذاتي، تقديره مرتبط بالظروف الشخصية لمن ارتكبه، ذلك أن أساس هذا الخطأ هو ما يدور في نفس الإنسان وفي ضميره ، إذ يتحقق في جانب كل من يقترف خطأ (إثما) نتيجة مخالفته للمبادئ والأخلاق والقيّم التي تسود المجتمع.

فالخطأ الأخلاقي إجمالا ، يختلف عن الخطأ القانوني، ذلك أنه يقوم بمجرد مخالفة المبادئ والأخلاق أو بما يخالج النّفس من إثم ، بصرف النظر عما ينتجه ، لأن هذا الخطأ لا يفترض حتما حصول الضرر لقيامه. وهذا بخلاف الخطأ القانوني الذي لا يمكن أن يؤدّي إلى المسؤولية، إلا إذا نجم عنه إخلال، يوجب جزاء قانونيا.

ثانيا: الخطأ القانوني : يقوم الخطأ القانوني عند الإخلال بإحدى القواعد التي وضعها القانون وحدّد فيها ما يتوجب على الإنسان الالتزام به للعيش في المجتمع باستقرار، حيث يُحاسب الفاعل عن هذا الخطأ وإن لم يقصد الضرر مادام تصرفه يشذ عن السلوك المألوف للشخص العادي.[2]

[1] عبد اللطيف الحسيني: المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص 21.
[2] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، منشورات عويدات، بيروت، 1983، ص 20.

إذ أن الخطأ القانوني يقوم عند مخالفة الأحكام القانونية الصريحة الآمرة أو الناهية، كما يتحقق عند مخالفة المبادئ العامة المتعلقة بالنظام الاجتماعي، والتي تفرض عدم إلحاق الضرر بالغير وعدم ارتكاب ما يُخل بالآداب العامة . كما تفرض الاحتراز والتنبّه من الوقوع في غفلة أو إهمال قد ينتج عنهما ضرر بالغير.

فالخطأ القانوني بهذا المفهوم يمكن تقسيمه إلى نوعين:

أ– الخطأ الجزائي: يتمثل في الإخلال بالقواعد القانونية المقترنة بجزاء، والتي تنظم أسس المجتمع وتؤمن استقراره. فمتى وقع خطأ جزائي يلحق ضررا بالمجتمع وتقرر له عقوبة جزائية، قامت المسؤولية الجنائية (الجزائية) على أساس هذا الخطأ الجزائي.

ب– الخطأ المدني: الخطأ المدني هو إخلال الفرد بالتزام يقع عليه، يجب عليه تنفيذه قانونا أو اتفاقا. يُنظر إليه من زاوية الإضرار بالفرد ومن زاوية الإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد. والجزاء فيه يتمثل في إصلاح ذلك التوازن الذي اختل بما يقضي به من تعويض.[1]

إن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الخطأ المدني الموجب للمسؤولية المدنية هو المعني بالدراسة، على أساس أن الموضوع يتناول الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية.

فما هو التعريف القانوني المناسب لهذا الخطأ في إطار المسؤولية المدنية بصفة عامة والخطأ الطبي بصفة خاصة؟

الفقرة الثانية:

تعريف الخطأ المدني

تكاد التشريعات الوضعية تشترك معظمها في عدم إعطاء تعريف لخطأ، تاركة اختصاص ذلك للفقه والقضاء على أساس أنه ليس من أساسيات التشريعات، ولا مستساغا أن تورد التعريف ات. حيث نجد غالبية التشريعات العربية [2] انصرفت عن وضع تعريف للخطأ كالتشريع الجزائري

[1] عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 25.

[2] باستثناء التشريع المدني التونسي في المادة (83)، والمغربي في المادة(77)، فقد عرفا الخطأ:" أنه عبارة عن إهمال ما يجب أو إتيان ما يجب الامتناع عنه دون قصد الإضرار". كما حاول قانون العقوبات الكويتي تعريفه في المادة (44) منه:" يعد الخطأ غير العمدي متوافر إذا تصرف الفاعل عند ارتكاب الفعل على نحو لا يأتيه الشخص المعتاد إذا وجد في ظروفه بأن اتصف فعله بالرعونة أو التفريط أو الإهمال أو عدم الانتباه أو عدم مراعاة اللوائح ".

والمصري والسوري واللبناني والأردني والعراقي، شأنها شأن معظم التشريعات الغربية في ذلك ولاسيما الفرنسي والسويسري والألماني.

أما تعريف الخطأ لدى الفقه فقد اختلف فقهاء القانون حول تعريفه اختلافا كبيرا. حيث عرّفه الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol): " بأنه إخلال بالتزام سابق ".

la faute est un manquement à une obligation préexistante[1]. وقد حاول بلانيول أن يحصر هذه الالتزامات في أربعة أقسام هي: الامتناع عن العنف، الكف عن الغش، الامتناع عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو الأشياء[2].

في حين عرّفه الأستاذ إيمانويل ليقي **Emmanuel Leghi** بأنه: " إخلال بالثقة المشروعة"[3].

أما الفقيه سافاتيه **Savatier** فعرّفه بأنه: " إخلال بواجب قانوني كان في وُسع المُخلّ أن يتبيّنه وأن يلتزمه ".[4]

وقد حاول الدكتور أنور سلطان إعطاء تعريف للخطأ بقوله: " هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف "[5].

أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرف بعضهم الخطأ بقوله: " هو ما ليس للإنسان فيه قصد ".[6] وعليه فانتقاء قصد الشيء من فاعله موجب لوصفه بكونه مخطئا، لذلك أطلق الفقهاء على الخطأ مصطلح التعدّي. وقد وردت كلمة اعتدى في قول الله I: (فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ

في حين نجد أن كلا من قانون المسؤولية الطبية الليبي رقم 17 الصادر في 1986 /11/24، ج.ر رقم 28، في مادته (23). ونظام مزاولة مهنة الطب البشري السعودي رقم م/ 59 الصادر بتاريخ 1426/11/04هـ في المادة (27)،واللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 في شأن المسؤولية الطبية والتأمين الطبي في مادته (27)، قد أعطوا تعريفا للخطأ المهني الصادر عن الطبيب.

[1] Patrice Jourdain : Les principes de la responsabilité civile, 5ème édition, Dalloz, Paris, 2000, p 48.

وانظر: عبد الحكم فوده: التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 28.

[2] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام(مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1968، ص 778.

علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام) في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر، 1998، ص 146.

[3] محمود زكي شمس: المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999، ص 23.

[4] Savatier. René : Traité de responsabilité civile, tome1, 2ème édition, Paris, 1962, p 13.

يراجع بشأن التعليق على هذا التعريف: سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 195-200.

[5] أنور سلطان: الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات، الجامعية، مصر، 1998، ص 323.

Philippe le Tourneau : La responsabilité Civile Professionnelle, Ed. Economica, Paris, 1995, p 12.

[6] علي بن محمد الجرجاني: المرجع السابق، ص 68.

فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ)[1]. وقد ذهب القرطبي في تفسيره إلى القول بأن الاعتداء بمعنى التجاوز[2]. لذلك لا خلاف بين أهل التفسير وأهل اللغة في بيان معنى التعدّي.

ومعنى التعدّي عند الفقهاء هو الظلم والعدوان ومجاوزة الحق. وضابطه أو تحديد إطاره هو " انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو هو العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي ".[3]

وفي هذا السياق يعرفه الدكتور محمد فوزي فيض الله بأنه: " مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة "[4]. وقريبا من هذا المعنى أنه: " هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم ".[5]

وقد استخدم الفقهاء كلمة التعدّي بمعنى الجناية بمفهومها العام، وهم يرون أن التعدّي أعم من الغصب، لأن التعدّي يكون في الأموال والفروج والنفوس والأبدان [6]. إلا أن الاستعمال الغالب لديهم أن التعدّي يطلق ويراد به التعدّي على حق الغير، كما يقصد به التقصير والإهمال والتفريط وعدم التحرز أو الاحتياط.[7]

أما بالنسبة للقضاء فقد أورد الاجتهاد القضائي عدة تعريفات، ترتكز في معظمها على خروج الطبيب عن أصول مهنة الطب ومقتضياتها، وتقصيره في بذل العناية اللازمة وإهماله أو انحرافه.

فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: " أنه من المقرر قانونا أن كل إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة للأنظمة يُفضي إلى القتل الخطأ، يُعرّض صاحبه للمسؤولية الجزائية. ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدّى إلى وفاة الضحية، وتوافرت العلاقة السببية بينهما استنادا لتقرير الخبرة واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض...".[8]

---

[1] الآية 194 من سورة البقرة.

[2] أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ص 288.
محمد ابن جرير الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن (المعروف بتفسير الطبري)، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2000، ص 581.

[3] زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، تحقيق: عادل سعد، المكتبة التوفيقية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 295، 412.
أبي الوليد ابن رشد الحفيد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، المجلد الرابع، دار الحديث، القاهرة، 2004، ص 16.

[4] محمد فوزي فيض الله: المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة - جامعة الأزهر، مصر، 1962، ص 190.

[5] مصطفى أحمد الزرقاء: الفعل الضار والضمان فيه، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1988، ص 78.

[6] أبي عبد الله محمد ابن جزي المالكي: القوانين الفقهية، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص 284.

[7] على الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص 09.
وهبة الزحيلي: نظرية الضمان - أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 1982، ص 198.

[8] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج ضد ب.أ)، م.ق، العدد الثاني، سنة 1996، الجزائر، ص 179.

أما القضاء المصري فعرّف الخطأ بقوله: " ولما كان واجب الطبيب في بذل العناية مَناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علما ودراية في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله مع مراعاة تقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة، وكان انحراف الطبيب عن أداء واجبه وإخلاله بالتزامه المحدد على النحو المتقدم يُعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض. ويفوّت عليه فرصة العلاج ما دام هذا الخطأ قد تداخل بما يؤدي إلى ارتباطه بالضرر ارتباط السبب بالمسبب ".[1]

أما محكمة النقض السورية فعرفت الخطأ بأنه: " سلوك معيب لا يأتيه رجل بصير وُجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالفاعل ".[2]

وبشأن القضاء اللبناني فقد حدّد معالم الخطأ، حيث جاء في أحد أحكامه: " وبمعنى آخر يجب أن يكون خطأ الطبيب الناتج عن الإهمال أو عدم الانتباه وقلة الاحتراز وعن غير قصد مَوسُوما بطابع الجدية ".[3]

في حين أن القضاء الفرنسي، حاول تعريف الخطأ من خلال ربطه بالإهمال والانحراف عن سلوك الرجل الحريص. فقد جاء في أحد أحكامه :" أن عدم اتخاذ الطبيب للاحتياطات اللازمة، وعدم إظهار يقظة الرجل الحريص على أداء الواجب يعتبر إهمالاً منه وخطأ أكيداً موجبا للمسؤولية ".[4]

ويبدو أن أنسب وصف لتعريف الخطأ هو أنه: " إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي ".[5] حيث يتضح من خلال هذا

---

[1] نقض مدني مصري بتاريخ: 1996/03/22، السنة 17، المجموعة القانونية،العدد الثاني، ص 636.
نقض مدي مصري بتاريخ: 1971/11/21، السنة 22، المجموعة القانونية، العدد الثالث، ص 1062.

[2] محمود زكي شمس: المرجع السابق، ص 33.

[3] حكم رقم 3 بتاريخ: 1980/07/18- شبلي أبو جودة، القاضي المنفرد الجزائي في المتن. أنظر: مجموعة اجتهادات المحاكم اللبناني ة، جمع الأستاذ: محمد يوسف ياسين: المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين- قانونا وفقها واجتهادا)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 19.

[4] C.A Paris: 12/05/1920, Dalloz, 1921, II-39. C.A Paris: 25/03/1930, Gaz. Pal, 1930, I-871.
أشار إليهما: حسن زكي الأبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1951، ص119.

[5] أنور طلبة: المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 08.
ويؤكد نفس هذا التعريف: محمد علي عمران: دروس في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، مكتب سعيد رأفت، مصر، 1983/1982، ص 154. إسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة -، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، ص 37.

التعريف التحديد المنضبط للفكرة الأساسية التي تربط بين كل التعريفات السابقة، والتي مفادها أن الخطأ إخلال بواجب عام كالإضرار بالغير في نطاق المسؤولية التقصيرية، أو إخلال بواجب خاص كعدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

ولعل الصواب والمخرج العلمي فيما يتعلق بمسألة تعريف الخطأ أو التعدّي يتمثل في ربط فكرة الخطأ بطبيعة الالتزام في حد ذاته، بغض النظر عما إذا كانت المسؤولية المدنية عقدية أو تقصيرية. وإنما تبعا لما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما بتحقيق نتيجة أو التزام ا ببذل عناية أو التزاما بالضمان (ضمان السلامة). ولاشك أن هذا التوجّه يضع الحلول الجذرية لمشكلة البحث عن توافر الخطأ الموجب لقيام المسؤولية من عدمه.

فإذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما بتحقيق نتيجة كالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة التحاليل الطبية، والتزامه بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بنقل الدم والسوائل الأخرى، وكذا فيما يتعلق باستعمال الأجهزة والمعدات الطبية... ففي هذه الأحوال وأمثالها يقوم الخطأ الطبي عند عدم تحقق النتيجة ذاتها، ولا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية الكاملة. إذ ذلك لا يجديه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور.[1]

أما إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما ببذل عناية، فإن الخطأ لا يثبت في حق المسؤول إلا إذا قام المضرور بإثبات أن المدين لم يبذل العناية الكاملة. فمسؤولية الطبيب وإن كانت في الأصل مسؤولية عقدية، إلا أن الالتزام الملقى على عاتقه بمعالجة المريض يعد التزاما ببذل عناية في سبيل ذلك. كما هو الحال بالنسبة لالتزام المحامي في كسب القضية، وكل التزام عام بعدم الإضرار بالغير[2]. ففي كل هذه الأحوال التي تنطوي على التزام ببذل عناية لا يستطيع القاضي الوصول إلى إقرار الخطأ تجاه المسؤول، إلا إذا أثبت المضرور أن المدين لم يبذل العناية الكاملة. وللمدين نفسه أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا أثبت أنه بذل العناية الكاملة وفقا للسلوك المألوف.

---

[1] محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 178.
عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 828 وما بعدها.

[2] مصطفى مرعي: المسؤولية المدنية في القانون المصري، الطبعة الثانية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1944، ص 65.
عبد الحي حجازي: مذكرات في نظرية الالتزام، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1952/1951، ص 24.

غير أنه إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما بالضمان، كما هو الحال مثلا في التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من العدوى داخل المستشفيات والعيادات Infections nosocomiales[1]، والالتزام بضمان سلامة المنتجات الطبية والمواد الصيدلانية[2] وغيرها. فإن القاضي في مثل هذه الأحوال في غنى عن بحث ركن الخطأ من عدمه، إذ لا يستطيع المسؤول أن ينفي عن نفسه المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي، باعتبار أن الاتفاق أو القانون هو مصدر الالتزام بالتعويض.[3]

الفقرة الثالثة:

تعريف الخطأ الطبي

إن تعريف الخطأ الطبي يتطلب توضيح معنى الخطأ المهني قبل كل شيء، ذلك أن الخطأ الطبي ما هو إلا أحد أوجه الخطأ المهني. فما هو مفهوم هذا الأخير؟

لاشك أن الخطأ المهني لا يمكن أن يقوم مبدئيا إلا أثناء ممارسة مهنة معينة[4]، وهو ينجُم عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية والمتعارف عليها، كما لو مُورِسَت المهنة بشكل غير مشروع.[5]

---

[1] Cass. 1er civ :25/02/1997, Responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors série (juillet - août 1999), Paris, p 09.
Cass. 1er civ :29/01/1999.
Voir : Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors série (juillet - août 1999), Paris, p 06.
Pierre Floril : Les infections nosocomiales, Revue Droit médical, http://www.Droit-médical.net. mise à jour le: 17/06/2007.

[2] M. Tourneur et autre : Contrat médical, Contrats - concurrence - consommation, Edition du juris - classeur, janvier 2001, Paris, p 13.
Janine Revereau : Responsabilité des fabricants, JCP. La semaine juridique "entreprise et affaires", n° 27, 02 juillet 1998, Paris, p 1102.
Philipe Malinvaud : La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction (1), Recueil Dalloz, 1999, 9eme cahier chronique, Paris, p 89.

[3] محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، المرجع السابق، ص 194.
محمد حسين علي الشامي: ركن الخطأ في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 108.

[4] Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André): op.cit, p 475.

[5] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 822.
وحيد الدين سوار: النظرية العام للالتزام، الجز الأول (مصادر الالتزام)، مطبعة رياض، دمشق، 1981/1980، ص 107.

فالخطأ المهني هو كل خطأ يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته إياها، متمثلا في انحرافه أو خروجه عن القواعد والأصول المستقرة لهذه المهنة.

ولعل من أحسن وأشمل التعريفات للخطأ المهني ما أورده الدكتور عبد اللطيف الحسيني: " بأنه ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم، ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف طبقا للأصول المستقرة "[1]، " وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها ".[2]

أصبح من السهولة بمكان بيان وتوضيح مفهوم الخطأ الطبي باعتباره خطأ مهنيا مرتبطا بمهنة الطب. لكن قبل ذلك يتوجب علينا البحث بشأن تعريف كل من القانون والقضاء والفقه وكذا الشريعة الإسلامية للخطأ الطبي.

أولا: تعريف التشريعات: إن غالبية التشريعات كعادتها لم تُعط تعريفا للخطأ الطبي، باستثناء القلة منها، حيث جاء المشرع الليبي بمنظومة قانونية متكاملة حدّد من خلالها معالم المسؤولية الطبية. فعرف الخطأ الطبي في نص المادة 23 منه: " تترتب المسؤولية الطبية عن كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضررا للغير. ويعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانيات المتاحة. ويُعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام ".[3]

كما عرّف المشرع الإماراتي الخطأ الطبي بأنه " الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس ذات المهنة الطبية الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعا إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة ".[4]

أما نظام مزاولة المهن الصحية السعودي فقد حاول إعطاء تعريف للخطأ الطبي المهني، من خلال حصره سبعة حالات تشكل في معظمها أخطاء طبية. حيث نصت المادة 27 منه: " كل

[1] عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 73.
[2] محمد بشير شريم: الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع، عمان، 2000، ص 159،161.
[3] القانون رقم 17 الصادر في 24/11/ 1986 المتعلق بالمسؤولية الطبية، ج.ر رقم 28، السنة الرابعة والعشرون، الصادر بتاريخ: 1986/12/31.
[4] نصت على ذلك المادة27 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 10 الصادر سنة 2000 في شأن المسؤولية الطبية والتأمين الطبي.

خطأ مهني صحي صدر من الممارس الصحي ، وترتب عليه ضرر للمريض يلتزم من ارتكبه بالتعويض. ويُعد من قبيل الخطأ المهني الصحي ما يأتي:

– الخطأ في العلاج أو نقص المتابعة.

– الجهل بأمور فنية يفترض في من كان في مثل تخصّصه الإلمام بها...".[1]

ويبدو أن التشريع الليبي ساير إلى حد بعيد وجهة نظر كل من والفقه القضاء في تحديد مفهوم الخطأ الطبي كما سيتضح.

ثانيا: تعريف الفقه القانوني: يكاد يجمع الفقه على تعريف مشترك للخطأ الطبي من حيث أنه "تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ".[2]

كما يعتبر خطأ طبيا " إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة ".[3]

إجمالا لما سبق يمكن القول بأن الخطأ الطبي هو " الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لمهنته إخلالا بالتزام بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائما والتي قد تقترن أحيانا بالفشل نتيجة للمخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية، وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه ".[4]

---

[1] نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/59) بتاريخ: 1426/11/04هـ.

[2] وفاء حلمي أبو جميل: الخطأ الطبي (دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991م، ص 41.

وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الثانية عشر، محرم 1361هـ/يناير 1942، القاهرة، ص 397.

محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، السنة الثامنة عشر، 1948، القاهرة، ص 300.

[3] منذر الفضل: المسؤولية الطبية، مجلة القانون، العدد السادس، السنة الثانية، الأردن، 1995، ص 13.

موفق علي عبيد: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 53.

أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 224.

[4] عبد اللطيف الحسيني : المرجع السابق، ص 119.

ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي: النظام القانوني لممارسة الطب البديل والمسؤولية المدنية - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 175.

طلال عجاج: المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 186.

ثالثا: تعريف الفقه الإسلامي: المقصود بالخطأ هو " ما لم يقصد الطبيب نتيجته رغم اجتهاده لتلافي حدوثها "[1]. وقد أجمع فقهاء الشريعة على أن الخطأ الذي يوجب مسؤولية الطبيب هو " الخطأ الخارج عن أصول مهنة الطب "[2] والذي لا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص ".[3]

فيرى الحنفية أن ما يسأل عنه الطبيب الحاذق المأذون له من أخطاء، هو ذلك الخطأ الفاحش الذي لا يقع من طبيب آخر، وهو الذي يتجاوز به الحدود المتعارف عليها عند أهل الصنعة الطبية.[4]

أما المالكية فيرون أن الطبيب يسأل عن الأخطاء الناشئة عن عدم مراعاة قواعد المهنة في التطبيب، أو تجاوز الحدّ فيما أذن له فيه إلى غيره، أو قصّر فيه عن المقدار المطلوب، أو أذن له في شيء ففعل غيره.[5]

في حين يرى فقهاء الشافعية أن ما يُسأل عنه الطبيب الحاذق المأذون له من أخطاء هي تلك التي لا يفعلها مثله من أهل الصنعة ممن أراد الصلاح للمفعول به.[6]

أما الفقه الحنبلي فيقصد بالأخطاء التي يسأل عنها الطبيب تلك التي تنشأ عن عدم مراعاة المأذون له فيه إذا كان حاذقا وأعطى الصنعة حقها إلا أن يده أخطأت ، كأن أذن له في فعل شيء معين فتركه وفعل ما لم يُؤذن له فيه، أو جاوز الموضع الذي أُذن له في معالجته إلى غيره.[7]

---

[1] محمود محمد عبد العزيز الزيني: مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 113.

[2] محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، الطبعة الأولى، دار المنار للنشر والتوزيع، جدة، 1416هـ/1995م، ص 120.
عبد الفتاح محمود إدريس: قضايا طبية من منظور إسلامي، الطبعة الأولى، مصر، 1414هـ/1993م، ص 65.

[3] عبد السلام الشريف: مسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، العدد الحادي عشر، 1994م، طرابلس، ص 158.
عبد الله محمد الجبوري: مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية في الفقه الإسلامي، مجلة الرسالة الإسلامية، العددان 168-169، السنة 17، (رجب ، شعبان 1404هـ/ نيسان، ماي 1984م)، العراق، ص 104.

[4] أحمد بن محمد الطهطاوي: حاشية الطهطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، 1365هـ/ 1975م، ص 276.
محمد بن حسين بن علي الطوري: تكلمة البحر الرائق على شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية، القاهرة، 1311هـ، ص 33.
أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المبسوط، الجزء السادس عشر، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، مصر، 1324هـ ، ص 13.

[5] برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن فرحون المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ/2001م، ص 252.
أبي عبد الله محمد الخرشي: شرح مختصر خليل، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1317هـ، ص 115.

[6] أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، الجزء السادس، الطبعة الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1325هـ، ص 66.
محمد أحمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، المطبعة المنمنية، مصر، 1329هـ، ص 202، 203.

[7] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المغني شرح مختصر الخرقي، الجزء الثامن، دار عالم الكتب، الرياض (السعودية)، 1426هـ/2005م، ص 117.
إبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان: منار السبيل في شرح الدليل، دار اليقين، المنصورة (مصر)، 1425هـ/2004م، ص 380.

خلاصة القول أن الخطأ الطبي عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو الخطأ الذي لا تُقره أصول الطب، ولا يُقره أهل الفن والعلم.[1]

رابعا: تعريف القضاء: كان للاجتهاد القضائي باع طويل في إعطاء تعريف للخطأ الطبي وتحديد معالمه. فقد جاء في قرار مرسييه Arrêt Mercier الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936: " يكون الطبيب مخطئا إذا كانت العناية التي بذلها تخالف الحقائق العلمية الحالية".[2]

أما محكمة النقض المصرية فقد لخصت هذا الأمر في حكم لها مفاده أن الطبيب يسأل عن: " كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ".[3]

في حين حدد مفهومه القضاء الليبي بقوله: " إن عناصر الخطأ التي توجب المسؤولية الطبية في حق التابعين للمدعي عليهما قد توافرت، والمتمثلة في عدم اتخاذ الطبيب الذي أجرى العملية ومساعديه الحيطة والحذر اللازمين، وعدم مراعاة الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب، من حرص ودراية ".[4]

منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي: الإقناع كشاف القناع، الجزء الرابع، مطبعة أنصار السنة المحمدية، مصر، 1366هـ، ص 14.

[1] عبد السلام التونجي: مؤسسة المسؤولية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، 1994، ص 164.

عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، 1975، ص 333، 337.

محمد فؤاد توفيق: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، الطبعة الثانية، (أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي)، (ربيع الأول 1401هـ/1981م)، الكويت، ص 547.

[2] Cass.civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet- août 1999), Paris, p 07.

[3] نقض مصري رقم 111 لسنة 35 ق الصادر في 1969/06/26، مجموعة الأحكام، السنة 20، ص 1075.

الطعن رقم 464 لسنة 36 ق الصادر في 1971/12/21، مجموعة الأحكام، السنة 22، ص 1062.

مشار إليها عند: عبد المعيد لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - الكتاب الثاني-، عالم الكتب للنشر، القاهرة، 1979، ص 19، 20.

[4] الحكم الصادر في القضية رقم 1986/198 عن محكمة استئناف بنغازي- الدائرة المدنية الثانية- بتاريخ: 1986/12/16، غير منشور.

الحكم الصادر في الدعوى المقيدة بالسجل العام تحت رقم 1989/526 عن محكمة بنغازي الابتدائية- الدائرة الكلية- بتاريخ: 1990/11/25، غير منشور.

مشار إليها عند: سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، 1994، ص 121، 122.

وقريبا من هذا المفهوم سار القضاء الكويتي " كون أن الطبيب يسأل إذا كان الخطأ ينطوي على مخالفة أكيدة واضحة للحقائق العلمية المسلم بها والأصول الفنية المستقرة ".[1]

بقي أن نشير بعد هذا التحديد الدقيق والشامل والمتميّز للخطأ بصفة عامة والخطأ الطبي بصفة خاصّة، إلى أهم الخصائص التي يتميز بها هذا الأخير. وقبل توضيح ذلك نُعرّج على التطور الذي صاحب فكرة الخطأ في حدّ ذاتها، و الانتقادات التي تعرض لها وكذا التحولات التي واكبت المسؤولية المدنية.

الفرع الثاني:
دور الخطأ ومدى ارتباط المسؤولية به

إن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية لم تظهر إلا بالتدريج، حيث لم يكن الخطأ في بادئ الأمر مشترطا بل كان الضرر هو الشرط البارز، ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئا فشيئا. [2] حيث أن الفقهاء الرومان وإن كانوا لم يَصِلوا إلى فكرة الخطأ بالمعنى الذي نعرفه ، إلا أنهم قد أدخلوا في القانون بعض الأفكار المتعلقة والمتصلة بالخطأ، مثل سوء النية والغش والإهمال التي كان لها تأثير في إدخال هذه الفكرة على مجال المسؤولية المدنية في وقت لاحق.[3]

---

[1] تمييز كويتي بتاريخ: 1980/06/04 الصادر عن دائرة التمييز الكويتية في الطعن رقم 108،79/100 تجاري.
راجع في هذا الشأن التعليق الممتاز على هذا الحكم للدكتور: أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة- دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي)، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1986.
محمد هشام القاسم: المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني (شعبان 1401هـ/يونيو1981م)،السنة الخامسة، الكويت، ص 81.

[2] عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق، ص 763. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.
سليمان مرقس: المرجع السابق، ص 106. وانظر كذلك: سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول: الأحكام العامة (أركان المسؤولية)، الطبعة الثانية، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، 1971، ص 78.
أنور سلطان: المرجع السابق، ص 315.
راجع أيضا كل من: توفيق حسن فرج: القانون الروماني، مكتبة مكاوي، بيروت، 1975.
محمود سلام زناتي: نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
عمر ممدوح مصطفى: القانون الروماني، الطبعة السادسة، دار المعارف، الإسكندرية، 1960.

[3] أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد- مصادر الالتزام-، الطبعة الثانية، مطبعة مصر، مصر، 1954، ص 133.

البند الأول:
ملازمة الخطأ للمسؤولية

إن استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لم تتم إلا في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه دوما Domat متأثرا بالقانون الكنيسي الذي أعطى لفكرة الخطأ كل أهمية، وأكدّ أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية بحيث أن الشخص الذي يتصرف دون خطأ لا يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الفعل.[1]

ولهذا فقد تقررت على يدي هذا الفقيه القاعدة العامة في المسؤولية المدنية التي تقتضي أن كل فعل خاطئ يوجب تعويض الضرر الذي نشأ عنه، فأصبح بذلك الجزاء تعويضا مدنيا لا يختلط بفكرة العقوبة، وقامت على إثر ذلك فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

وقد تبنى واضعو قانون نابليون في فرنسا ما توصل إليه دوما، وصاغوا المادتين 1382 و1383، والتي تقابلهما المادة 124 ق.م.ج والمادة 163 ق.م مصري.

ولاشك أن اعتبار الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية تبرّره وتؤيّده حججٌ منطقية وأدبية[2]. فمن المنطق أن المسؤولية القائمة على الخطأ هي أفضل وسيلة لتدارك الأضرار، إذ يجد الإنسان نفسه مدفوعا إلى التصرف بأقصى درجة ممكنة من العناية والحذر كي يكون في مأمن من عبئ التعويض. كما أن المنطق يقتضي أن الشخص يجب أن يُسأل عن الأضرار التي تسبّب فيها بخطئه، وبمفهوم المخالفة لا أحد يجب أن يُسأل عن أضرار لم يتسبب فيها بخطئه.

أما التبرير الأخلاقي الأدبي، يقتضي أن الشخص يجب أن يدفع تعويضا عن الضّرر الذي تسبّب فيه للغير بخطئه، وهو أمر جوهري تتطلبه العدالة، كما أنه لو ألزمنا أحد الأشخاص بتعويض ضرر

نعمان خليل جمعة: مصادر الالتزام، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1966، ص 131.
صلاح حسن برعي: أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية - دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي-، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 1986، ص 299.

[1] عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 444 وما بعدها.
زهير بن زكريا حرح: الخطأ في المسؤولية المدنية - دراسة مقارنة في النظام الأنجلوسكسوني وفي النظام اللاتيني-، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس- مصر، 1999، ص 27.

[2] راجع لمزيد من التفصيل: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة- مصر، 1993، ص 65، 66.
انظر كذلك: أيمن العشماوي: المرجع السابق، ص 112، 113، 223 وما بعدها، 420 وما بعدها.

تسبب في وقوعه دون خطأ منه لكان معنى ذلك أننا نُدين شخصا بريئا أو غير مذنب ، وهو أمر تأباه بل وتستنكره دون شك قواعد الأخلاق.

وقد ساعد على انتشار وسيادة مبدأ الخطأ كأساس عام للمسؤولية أنه جاء متماشيا مع تلك النزعة الفردية التي سادت أوربا خلال القرن السابع عشر والثامن عشر، وتأثرت بها غالبية البلدان الأخرى.[1]

ولن نعرض أو نفصل في الحجج التي قيل بها لتبرير الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية [2]، وذلك على سند من القول أن الخطأ هو الأساس المعتمد من قبل المشرّعين في الغالب الأعم من الدول وكفاه ذلك سندا. كما أنه هو الموجود كأساس للمسؤولية المدنية بشقيها العقدية والتقصيرية.[3]

كما أن القضاء الفرنسي كان له دور في تأسيس قواعد المسؤولية المدنية على أساس الخطأ، بل كانت له جهودا في التوسع في فكرة الخطأ ذاتها. بحكم أنه يُناط به تطبيق النصوص – باعتباره الأكثر معرفة – بما إذا كان النص يتماشى مع مقتضيات العدالة، أو أن تطبيقه بعد تغيّر الظروف التي شُرّع فيها يُجافي قواعد العدالة، ولا يحقق الغاية التي يتوخاها المشرع.

بناء على هذا لما كان جبر الضرر للمضرور من الموضوعات التي يُوليها المشرع حمايته، فإن موضوع المسؤولية المدنية كان بلا ريب أهم تلك الموضوعات، التي وجد القضاء الفرنسي نفسه تُجاهها أمام أمرٍ لا حيلة له فيه، إلا تطويع فكرة الخطأ والتوسّع فيها، بما يملكه من حق تفسير هذه النصوص. على أمل أن يتمكن القاضي في آخر المطاف أن يحقق العدالة المنشودة، أو على الأقل الاقتراب من تحقيقها.

ولعلّ خير دليل على ما قام به القضاء الفرنسي هو التحوير الذي أدخله على نصوص المسؤولية المدنية، ومن ذلك مبدأ الخطأ كأساس لها، حيث يعتبره فقهاء القانون أهم ما ابتدعه الفقيه الفرنسي

---

[1] عبد القادر الفار: أساس مسؤولية حارس الأشياء - دراسة مقارنة بين الأنظمة الثلاث: اللاتيني، الأنجلوأمريكي، الإسلامي-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988، ص 254.

[2] لمراجعة ذلك انظر: مصطفى مرعي، المرجع السابق، ص 26- 28.
مصطفى العوجي: القانون المدني، الجزء الثاني - المسؤولية المدنية-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 230، 231.

[3] ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي: المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني)- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 13.

" دوما "، واعتنقه واضعُو المجموعة الفرنسية، بعد أن اعتبروه تحقيقا لاستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية.

حيث توسّع القضاء الفرنسي في مفهوم الخطأ بجعله مفترضا تارةً، وخطأ غير قابل لإثبات العكس تارةً أخرى. كما يقيم المسؤولية عن فعل الأشياء دون حاجة لإثبات هذا الخطأ في أحيان أخرى. وهكذا استطاع أن يُكوّن ويصُوغ بذلك مجموعة من المبادئ والقواعد، غيّرت من وجه المسؤولية وخرجت بها أحيانا عن قصد المشرع [1]. وهذا ما دفع بالبعض إلى القول بأن المسؤولية المدنية أصبحت الآن نوعين؛ أحدهما يقوم على أساس الخطأ، والثاني يقوم على أساس تحمل التبعة. وأن المسؤولية عن فعل الأشياء التي خلقها القضاء خلقاً تضاءلت أمامها المسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة بالمادة 1382 ق.م.ف، وأصبحت اليوم مع التطور الصناعي المتزايد تمثل القانون العام للمسؤولية[2]. فكانت بذلك هذه الأفكار تمهيدا لبُروز ما يسمى بالنظرية الموضوعية.

فقد لجأ القضاء الفرنسي في ظل النظرية التقليدية التي كانت تفرّق بين درجة الخطأ في المسؤولية العقدية والتقصيرية، إلى أن القاعدة التي تقضي بأن " كل خطأ أيًا كان قدره يلزم من إحداثه بتعويض الضرر الناتج عنه "، لا تنطبق على الأفعال الضارة ولا علاقة لها بالأخطاء التي تقع في تنفيذ العقد[3]. حيث انتهى القضاء الفرنسي إلى القول بأن الخطأ المشترَط في المسؤولية العقدية يختلف عن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، ذلك أن المدين يُسأل في الأولى عن الخطأ اليسير الذي يستطيع تفاديه الرجل العادي، بينما في المسؤولية التقصيرية يُسأل عن كل خطأ مهما كان يسيرا ولو كان الرجل العادي لا يستطيع تحاشيه [4] كما سنبيّنه لاحقا. وإن كان الأستاذان مازو Mazeaud يعتقدان أن هذا الرأي يخلط بين تحديد مضمون الالتزام وتقدير جسامة الخطأ [5]، فإن

---

[1] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 96.
[2] محمد نصر رفاعي: الضرر كأساس للمسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 1398هـ/ 1978م، ص 48.
[3] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص 21.
[4] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 20.
[5] Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc (André) : op. cit, p 462.

أحكام القضاء الفرنسي في سبيل تحديد معيار الخطأ أو بالأصح تحديد معيار الرجل العادي، قد رجّحت لاحقا الأخذ بمعيار موضوعي يُراعى فيه سلوك شخص مجرّد.[1]

أما عن موضوع مسؤولية الطبيب نحو مريضه، فنجد أن القضاء الفرنسي قد اعتبر تلك المسؤولية تقصيرية في أول الأمر، قبل أن يعدل عن ذلك بموجب قرار مرسييه Mercier[2] الشهير الذي قضت من خلاله محكمة النقض باعتبار مسؤولية الطبيب عقدية. واستمر تبعا لذلك القضاء الفرنسي على ذلك[3]، فأصبحت المحاكم ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض رابطة تعاقدية لا تطبق عليها إلا أحكام المادة 1184 وما يليها من القانون المدني الفرنسي.[4]

أما بشأن المسؤولية عن فعل الأشياء فالقضاء الفرنسي لم يتوسّع في فكرة نسبة الخطأ إلى الفاعل فحسب، بل تجاوزها ليشمل كذلك ما يتعلق بتقديره للأفعال التي تُكوّن الخطأ[5]. فاتّجه إلى استنباط واجبات والتزامات من المبادئ العامة للقانون بتسهيل إثبات خطأ أرباب الأعمال وأصحاب الآلات، لتسهيل إثبات خطأ هؤلاء متى قام الدليل ضدهم على إخلالهم بالواجبات التي لم تُحدد في الأصل بنص القانون أو في العقد. لأجل ذلك وسعيا منه للتوسّع حتى في إثبات الخطأ لجأ القضاء الفرنسي إلى ما يسمى بقرائن الأحوال[6]، أو نظرية الأفعال الخاطئة[7]. حيث اعتبر أن بعض الحوادث تحمل في ذاتها وطياتها دليل حدوث خطأ من المتسبب، فلا يُلزم المتضرر إلا بإقامة الدليل على وقوع الحادث.[8]

هذا و لم يكتف القضاء الفرنسي بهذه الوسيلة في سعيه الحثيث للحفاظ على مكانة الخطأ وربط المسؤولية به، في ظل تنامي الانتقادات وشدّة حدّتها بشأن الخطأ. بل اعتبر أن القرينة القانونية

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 778 وما بعدها.

[2] Cass. civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet- août 1999), Paris, p 07.

[3] Cass.civ: 18/01/1938, Gaz. Pal, 1938. Cass.civ: 27/05/1940, D.1941, p33. Cass.civ: 31/05/1960, D.1960, p 571.
أشار إليها: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 194.

[4] CA. Paris:18/10/1949, S.J.1950, II, 5716. CA. Marseille: 10/02/1938,D.H.1938, p252.
ذكر هذه الأحكام: عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 97.

[5] محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 53.

[6] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 87.

[7] محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 55.

[8] أسعد عبيد عزيز الجميلي: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1430هـ/ 2009م، ص 30.

الواردة بنص المادة 1/1384 المتعلقة بحراسة الأشياء لا يمكن هدمها إلا بإقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي، الذي يعني أنه لا يكفي إقامة الدليل على أن الفاعل لم يرتكب أي خطأ، أو أن يظل سبب الحادث مجهولا لكي يعفي ذلك الفاعل من المسؤولية.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه عقّب على هذا الحكم – الذي رأى فيه تحلّلا من القضاء وتنصّلا منه للخطأ– بقوله أنه إذا كان هذا الحكم قد استعمل تعبير المسؤولية المفترضة بدلا من الخطأ المفترض لإثبات أن المسؤولية لا ترتبط بالخطأ، بل هي منفصلة عنه. إلا أن ذلك التعبير خاطئ، لأن المسؤولية فضلا عن تحقيق أركانها وشروطها في تلك الدعوى، فهي نتيجة قانونية. حيث أن جَمهرة هؤلاء الشُراح يميزون بين النتائج القانونية والوقائع القانونية، إذ الأولى لا يمكن افتراضها لأنها تُستنتج من وقائع يحددها القانون، عكس الواقعة القانونية التي يمكن افتراضها. ويضيف هذا الاتجاه أنه إذا كان من الممكن افتراض وقوع الخطأ لأنه واقعة قانونية، فإنه من غير الممكن افتراض نتائج كالمسؤولية[2]. ذلك أن الأمر في الحقيقة لا يعدو أن يكون إما ثبوت المسؤولية المسؤولية أو انعدامها.

إن هذا الوضع الذي آلت إليه المسؤولية المدنية، وهذه المكانة التي أحرزها الخطأ كأساس لها، لم تكن لتستقر على هذا الوضع . فقد شهدت أوربا والعالم أجمع خلال الثلث الأخير من القرن التاسع عشر تقدما صناعيًا كبيرًا، وانتشر استخدام الآلات والمعدات المعقدة بما تنطوي عليه من مخاطر. الأمر الذي ترتب عنه زيادة حوادث العمل وإصابات العمل بنسبة كبيرة ، مما جعل الخطأ عُرضة لسهام النقد الشديد من كثير من الفقهاء على رأسهم سالي Saleilles [3]، حيث رأوا عدم عدم صلاحية الخطأ كأساس للمسؤولية وأنه يقف حجرة عثرة تَحُول دون حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الأضرار التي أصابتهم. إذ كيف يتيسّر لهم إثبات خطأ صاحب العمل والحادث غالبا ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها.[4]

[1] Cass.civ: 13/02/1930, D.1930. I. 157, p 14.

[2] محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 74 و75. أسعد عبيد عزيز الجميلي: المرجع السابق، ص 69.

[3] Saleilles Raymond : Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J, Paris, 1897, p 268.

[4] أنور رسلان: الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام-، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 316.
إسماعيل غانم: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام-، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1968، ص 412.

البند الثاني:
تصدّع مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية

إن الخطأ بصورته التقليدية الذي نصت عليه المادة 1382 ق.م.ف، والتي تقابلها نص المادة 124 ق.م.ج[1]، لم يعد قاصرا على أن يحكم العلاقات القائمة بين الأفراد، نظرا لازدياد حركة التصنيع والصناعة وانتشار الآلات والمعدّات الصناعية في العمل والنقل وكذا الطب...، الأمر الذي ترتب عنه كثرة الحوادث التي ترجع في سببها إلى هذه الأجهزة والآلات ، وعجز العمال والأفراد المضرورين عن إثبات خطأ أرباب العمل أو مستخدمي هذه الآلات والأجهزة.

ورغم افتراض القانون المدني للخطأ في بعض الحالات والتي يقصد بها أن شخصا ما لم يرتكب خطأ أو بتعبير أدق لم يثبت خطأه، ومع ذلك يلزمه القانون بتعويض أضرار معيّنة وقعت من شخص تابع له في تصرفاته طبقا لنص المادة 134 ق.م.ج فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير، أو من شي له السيطرة عليه على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء كما قضت بذلك المادة 138 ق.م.ج. إلا أن عبئ الإثبات ظل مع ذلك ثقيلا للغاية على عاتق المضرور. ومن أجل تفادي الظلم الذي يقع نتيجة لذلك والمتمثل في عدم إمكانية حصول المضرور على التعويض، سارع الفقه للبحث عن أساس آخر تقوم عليه المسؤولية المدنية لا يعتمد على المفاهيم الأخلاقية أو الاعتبارات النفسية، كي يكون أكثر مرونة وأكثر قدرة على حماية العديد من الضحايا البسطاء عن طريق توفير تعويضات ملائمة لهم.

وفي هذا الصدد فقد تراجع الخطأ وصفًا، مع بقائه في ذاته أساسًا للمسؤولية الطبية من خلال حكم Epoux V بتاريخ 10 أبريل 1992[2]، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة. حيث تبنى فكرة الخطأ وأقام عليها المسؤولية عن الفعل الشخصي من خلال نص المادة 124،

[1] " Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer."
المادة 124ق.م.ج:" كل فعل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

[2] C.E: 10/04/1992, J.C.P, éd. G, 1992, n° 27, II, J, 21881, p229 - 231. note: Jaques Moreau.

والتي تقابلها المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، وكذا المادة 163 من القانون المدني المصري. تاركا بذلك موقعه لتُؤسَس على غيره المسؤولية المدنية وفي حدود معينة [1] بموجب حكم بيونشي Bianchi في 09 أبريل 1993.[2]

الفقرة الأولى:

نظرية المخاطر

ظهرت نظرية تحمل التبعة أو نظرية المخاطر وبمفهوم شامل صحيح نظرية تحمل تبعة المخاطر ، أواخر القرن التاسع عشر على يد مجموعة من الفقهاء منهم سالي Saleilles في كتابه " حوادث العمل والمسؤولية المدنية "[3] والفقيه جوسران Josserand[4] والفقيه سافاتيه Savatier وديموج Demogue.

ووفقا لهذه النظرية فإنه ليس من اللازم أن يكون فعل ما خاطئا كي تترتب عليه مسؤولية فاعله، فكل فعل يسبّب مخاطر للغير سواء عن طريق الخطأ أو بدونه، يلزم فاعله بتعويض ما نتج عنه من أضرار، ولاسيما إذا كان يجني منه فائدة معينة.

وفي الواقع، تعتبر نظرية تحمل التبعة نظرية موضوعية تسمح بسهولة تعويض الضحايا، من دون حاجة القاضي إلى التحقق من الصفة المشروعة أو غير المشروعة للفعل المسند إلى المسؤول، حيث صارت جميع قضايا المسؤولية قضايا موضوعية بسيطة تقتصر على البحث عن علاقة السببية.

وقد ساعد على نجاح هذه النظرية عدة أسباب منها: تطور الآلات والمعدات الصناعية التي ضاعفت من عدد الحوادث وخطورتها، انتشار وازدهار الأنشطة الجماعية كالجمعيات والشركات والمشاريع الكبرى... وغيرها. إلا أن أهم هذه الأسباب بدون شك هو الانتشار الواسع للتأمين على المسؤولية، وهو الأمر الذي جعل المحاكم أكثر تساهلا في الحكم بالتعويض.

ويلاحظ أن المحاولات التي بذلت لاستبدال الخطأ بتحمل التبعة أساسا للمسؤولية بوجه عام قد باءت بالفشل، ولم تنجح إلا في حمل المشرّع على إصدار تشريعات عديدة ينظم فيها أحوال محددة

---

[1] محمد فؤاد عبد الباسط: تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 6.
[2] CE: 09/04/1993, J.C.P, éd. G, 1993, n° 23, II, J, 22061, p 210 - 212. note: Jaques Moreau.
[3] Saleilles Raymond : Les accidents du travail et la responsabilité civile, L.N.D.J, Paris, 1897.
[4] Josserand Louis : De la responsabilité du fait des choses inanimées, L.N.D.J, Paris, 1897.

وخاصة من المسؤولية المدنية على أساس تحمل التبعة، وفي حمل بعض الفقهاء على اعتبار تحمل التبعة أساسا ثانويا أو احتياطيا للمسؤولية إلى جانب أساسها الأصلي وهو الخطأ.[1]

ولعل أهم وأسبق تلك التشريعات التي تأثرت بنظرية تحمل التبعة ، قانون حوادث العمل في فرنسا الصادر بتاريخ 09 أبريل 1898. والذي يقوم على أن حادث العمل ما هو إلا خطر مهني يجب أن يتحمل كل واحد من الطرفين (رب العمل والعامل) جزءا منه ، وإن كان الجانب الأكبر منه يتحمله رب العمل، إذ تصبح مسؤوليته آلية تقوم على فكرة " المخاطر المهنية " لا على فكرة الخطأ.

أما بالنسبة لخطأ المضرور فإنه لا يُؤخذ في الاعتبار إلا إذا كان خطأ غير مغتفر ، وبالمقابل فإن التعويض لا يكون كاملا ولكنه تعويض جزافي لا يشمل سوى الضرر المادي فقط، ومادام الأمر كذلك فإنه لا يسمح للمضرور بمقاضاة رب العمل على أساس القواعد العامة في المسؤولية المدنية.[2]

وقد تعرض هذا القانون لبعض التعديلات والتنقيحات قبل أن يتم دمجه في قانون الضمان الاجتماعي le code de la sécurité sociale بموجب القانون المؤرخ في 30 أكتوبر 1946، حيث حلت صناديق الضمان الاجتماعي بعد ذلك محل أرباب العمل، وهو الأمر الذي أدّى إلى اختفاء رابطة المسؤولية بين رب العمل والمضرور، وأصبح كل ما يلتزم به أرباب العمل هو دفع اشتراكات هذه الصناديق.

ومن تطبيقات فكرة تحمل التبعة كأساس للمسؤولية المدنية حسب القائلين بها في فرنسا نص المادة 2/479 من قانون 03 يناير 1968 والتي تنص على أن: " كل من تسبب في الإضرار بالغير تحت تأثير اضطراب عقلي يكون ملزما بتعويض هذا الضرر ". ثم توالت قوانين أخرى منها قانون 10 سبتمبر 1971 المتعلق بجميع المنشآت الخطيرة التي تسبب أضرارا للمجاورين والذي قرر مسؤولية صاحبها عن الأضرار الناجمة بدون خطأ، قبل أن يتم استبدال هذا القانون بقانون

[1] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 126.
عبد العزيز اللصاصمة: المسؤولية المدنية التقصيرية - الفعل الضار-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 47.
[2] أيمن إبراهيم العشماوي: المرجع السابق، ص 144.

09 أوت 1976 المتعلق بحماية البيئة المعدل. كذلك نجد قانون 07 جويلية 1976 الذي أقام المسؤولية بدون خطأ في حالة التلوث البحري الناجم عن حوادث السفن ، إضافة إلى القانون الشهير المتعلق بحوادث الطرق قانون بادنتير la loi Badinter الصادر في 05 جويلية 1985 والذي جعل مسؤولية مرتكب الحادث مفترضة وبدون خطأ، وحَسّن من جهة أخرى أوضاع المصابين بحوادث الطرق عن طريق تسهيل إجراءات تعويضهم.

أما في المجال الطبي ، فقد عرف انتشارا واسعا لنظرية المخاطر كأساس للمسؤولية المدنية مستبعدا بذلك فكرة الخطأ من خلال عمليات نقل الدم، أو التطعيم الإجباري، أو التحاليل الطبية وغيرها. وفي هذا الصدد لعب القضاء دورا بارزا في نجاح نظرية تحمل التبعة، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي سنة 1993 لأول مرة مسؤولية طبية تقوم على تحمل المخاطر [1]، سواء كانت مخاطر طبية أو مخاطر العلاج، وأن إثبات الخطأ لم يَعد ضروريا لقيام مسؤولية المستشفيات العامة في الظروف الاستثنائية، حيث جاء في هذا القرار الشهير بـــ " قرار بيونشي " Bianchi: " عندما يشكل عمل طبي ضروري للتشخيص أو لعلاج المريض خطرا يعرف وجوده، غير أن إمكانية تحققه استثنائية، وليس هناك من سبب يسمح بالاعتقاد بأن المريض سيتعرض له بشكل خصوصي. فإن مسؤولية مؤسسة الاستشفاء العامة تقوم إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر لأضرار لا علاقة لها مع الحالة السابقة للمريض ولا مع التطور المتوقع لهذه الحالة، وتتسم بدرجة قصوى من الجسامة ".[2]

ومعلوم أن المحاكم لم تصرّح مطلقا بأن حالات معينة من المسؤولية تقوم على نظرية تحمّل التبعة، ذلك أنها لا تملك تحديد الأساس المنطقي للقواعد التي تطبقها. إلا أن الاتجاه الذي سارت فيه لا يعكس إلا اعترافا بشرعية المسؤولية دون خطأ.

وقد سلكت في ذلك اعتمادها أولا على فكرة الخطأ المضمر أو المقدّر La faute virtuelle التي استنتجت فيها المحاكم الخطأ من مجرد حدوث الضرر. " والخطأ المضمّر أو المقدر معناه

---

[1] عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 223.

[2] CE: 09/04/1993, J.C.P, éd. G, 1993, n° 23, II, J, 22061, p 210 - 212. note: Jaques Moreau.

استنتاج التقصير أو الخطأ من وقوع الضرر، على خلاف القواعد العامة التي توجب على المدعي في دعوى المسؤولية أن يقيم الدليل على خطأ المدعي عليه"[1].

ومن الأحكام الشهيرة التي أخذت بفكرة الخطأ المضمّر في المجال الطبي، الحكم الصادر عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 28 جوان 1960[2]. حيث أيّد قضاة الموضوع الذين استندوا إلى تقرير الخبراء في أن طبيب الأشعة مخطئ لما أصاب المريض من ضرر إثر اهتزاز وسقوط نافذة حجرة الأشعة على المريض فأصابته بضرر. إذ يرجع هذا الخطأ إما لأنه لم يحكم ربط المسمار، وإما لأنه لم يحسن وضع الشباك، وإما لأنه لم يحترس للأداة التي يستعملها.[3]

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي لهذه الفكرة تأثر محاكم الموضوع بموقف محكمة النقض القاضي بتبني فكرة الخطأ الاحتمالي، وبناءً عليه يكون الخطأ احتماليا عندما تؤكد المحكمة [4] أن سقوط المريض من فوق منضدة الفحص ليس له من سبب سوى القصور في الرقابة من جانب الطبيب المسؤول، أو أنه ترك هذا المريض بالرغم من كِبَر سِنّه وبدانته الظاهرة، يستقر بمفرده دون مساعدة على منضدة الفحص، أو لأن هذا الأخير قد انقلبت به لقصور في أداة التوجيه ويكون الخطأ احتماليا.

والجدير بالذكر أن نظرية المخاطر قد تنوعت في عدة صور أهمها:

أولا: نظرية الغرم بالغنم (Théorie du risque - profit): إن ربط المسؤولية المدنية بفكرة الخطأ كما يرى البعض تصور قديم خاطئ، تكشف عن الخلط المؤسف بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية. إذ أن أساس المسؤولية المدنية يوجد في فكرة المخاطر risque. فمن الأمور العادية والتي تتفق مع القواعد الأخلاقية أن يكون هذا الذي يربح أو يجني من نشاطه أن يتحمل في

[1] محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 371.
[2] Cass.1ère civ : 28/06/1960, J.C.P, 1960, II, 11787. note: Savatier. R.
[3] Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, Paris, 1973, p 102 - 104.
سهير منتصر: المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 99-105.
[4] Paris 4 novembre 1963, D 1964/13.

المقابل عبئ الأضرار التي تترتب عنه[1]، وهي القاعدة المعروفة عند الفقه الفرنسي (la ou il y a le gain, il y a aussi la charge).

وعليه فليس من الضروري إثبات أو حتى افتراض خطأ المسؤول الذي يجب عليه إصلاح الضرر لأنه ربح من نشاطه، والمضرور ليس عليه إلا أن يثبت شيئا واحدا هو الضرر الذي تحمله كان ناتجا عن نشاط الفاعل المسؤول [2]. إلا أن ربط فكرة المخاطر بالغنم لم تخلُ من انتقادات وتحفظات، لذلك انكفأ محبذّو نظرية الغرم بالغنم عن فكرة ربط نظريتهم بالغنم مفضّلين الاكتفاء بالقول أن من يُحدث مخاطرَ للغير بسبب نشاطه يُسأل عن نتائج هذا النشاط الضارة.

ثانيا: نظرية التبعات المستحدثة: Théorie du risque crée: تؤكد هذه النظرية على أن عبارة الربح الذي هو مقابل عبئ التعويض يجب أن يؤخذ في معنى أكثر سعة. إذ أن كل ربح مهما كان ماليا أو أدبيا (معنويا) يبرر عبئ إصلاح الضرر.

ذلك أنه من غير المفيد مثلا أن يحصل سائق السيارة من تنقلاته على أرباح مالية، أو أننا لا نعلم أي سعادة تعود عليه من تصرفه – فإصلاح الضرر يقع على عاتق المتسبب فيه أيا كان النشاط الذي يمارسه أدّى إلى ربح أم لا–. وهذا على خلاف الصورة السابقة التي كانت تعتد بالنشاط الذي يؤدي إلى الربح.[3]

ثالثا: النظرية المختلطة (الخطأ والمخاطر): Théorie mixte (Faute et risque): في محاولة توفيقية بين الخطأ الذي ظل كأساس للمسؤولية وفكرة المخاطر التي ناد بها جانب من الفقه، اعتبر بعض الفقهاء وعلى رأسهم سافاتيه Savatier وجوسران Josserand أن المسؤولية المدنية لها وجهان الخطأ والمخاطر ولا أفضلية لأحدهما على الآخر [4]. كما أن المشرع في نظرهم اعتمد الخطأ كأساس للمسؤولية عن الفعل الشخصي، بينما اعتمد نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الوضعية الناتجة عن فعل الأشياء أو الغير. ولكن لا يبدو من أي من الأسباب الموجبة أن المشرع

---

[1] علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 1989، ص 69.
وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 215، 216.
تنص المادة 87 من مجلة الأحكام العدلية على أن:" الغرم بالغنم: يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره".
[2] مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 235.
[3] صلاح حسن برعي: المرجع السابق، ص 331.
[4] عبد العزيز اللصاصمة: المرجع السابق، ص 44.

أجرى مثل هذا الخيار فبقي افتراضا فقهيا، مع العلم أن ملامح الالتزام بالضمان تشعّ من وراء أحكام المسؤولية الوضعية، أي المسؤولية عن فعل الغير أو الشيء أو الحيوان.[1]

الفقرة الثانية:

La théorie de la garantie – نظرية الضمان:

طرحت هذه النظرية بقوة مشكلة الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية من خلال الخطأ وتحمل تبعة المخاطر. إذ الأسئلة التي كانت تُطرح: لماذا من سبّب الضرر يعتبر مسؤولا ؟ لأنه ارتكب خطأً. في حين يقول البعض أنه يغنم من نشاطه، إذن لابد أن يتحمّل تبعته. ومع ذلك بقيت هذه الأسئلة والتبريرات ناقصة في مواجهة حماية المصاب المضرور. ويبقى الموضوع الأهم هو البحث عن السبب الذي يُدين مُحدِث الضرر ويُعوّض المصاب المضرور.

لذلك اتضح جليا أن النقطة الأساسية في نظرية الضمان هي أن يتكفل القانون بحماية حياة الإنسان الخاصة، بغضّ النظر عن مُسببات الاعتداء على تلك الحياة. وهذا يعني دون شك أن المصاب المضرور له الحق في الشعور بالأمان والثقة في وجود قانونٍ يحمي الاعتداء على حياته الخاصة ويوفر له الأمن والأمان.

ويُعتبر الفقيه الفرنسي ستارك Starck من الأوائل في القانون الحديث الذين أسسوا المسؤولية المدنية على فكرة الضمان، وذلك بتركيز النظر من زاوية حقوق المضرور. وهو يقول في ذلك: "إن الأضرار التي تَحدث من الاعتداء على سلامة الجسم أو المصالح المادية للأفراد تكون غير مشروعة وبالتالي يجب ضمانها وتعويضها ".[2]

وتتلخص نظرية ستارك في أنه يرى أن الشخص يتصرف بحرية، وينبغي عليه أن يتقيد في تصرفه بالأنظمة، وأن يحافظ على حقوق الآخرين. فإذا ألحق تصرفه ضررا بالغير يكون قد أخلّ

[1] صلاح حسن برعي: المرجع السابق، ص 335.
مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 238.
[2] للتفصيل حول نظرية الضمان راجع رسالته:
Starck Boris: Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, Thèse, Librairie éditeur, Paris, 1947, p 13, ets.

بحق الغير في استقراره، ويكون إلزامه بالتعويض نتيجة لهذا الإخلال. فالسائق يتمتع بحرية السّير شرط أن يراعي الأنظمة وقواعد الحيطة.[1]

والجدير بالذكر أن نظرية الضمان ترى في النظرية التقليدية للخطأ أنها لا تتسع للحالات التي توجب العدالة بتعويض من أصيبوا فيها. ذلك أن نظرية الخطأ تُرتب المسؤولية على مسلك الفاعل وما يصدر عنه من فعل خاطئ. في حين أن نظرية تحمل التبعة تعتبر مناط المسؤولية نشاط من تسبب في الضرر وما ينال من غنم فيه. إلا أن النظريتان تغفلان شأن المصاب المضرور وحقوقه الثابتة في حماية حياته وماله، وعليه فإن ما يحدث للمرء من ضرر لا يسوغه إنما هو مساس لذلك الحق في السلامة. مما يجعله ضررا غير مشروع يوجب المسؤولية، بغير نظر لما عدا ذلك من خطأ أو من مشروعية النشاط.[2]

أما الفقه الإسلامي فقد حاول أن يضع أساسا موضوعيا للمسؤولية المدنية، فلم يقتصر على تحديد نطاقها بل امتد الفقه إلى محاولة وضع أساس موضوعي للمسؤولية عن الأعمال الشخصية لا يختلف عن فكرة تحمل التبعة. ففي جريمة الإتلاف اتفق الفقهاء على أن من أتلف مالا أو نفسا أو عضوا من نفس أو فوّت جمالا في عضو بغير حق شرعي فعليه ضمان ما أتلف.[3]

وقد بيّنت مجلة الأحكام العدلية مقصود الإتلاف ونوعيه، حيث جاء في نص المادة 887: "الإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ". وهو ما يعبَّر عنه بالمسؤولية غير الخطئية.[4]

أما المادة 888 فبينت أن: " الإتلاف تسبُّبًا هو التسبب في تلف شيء بغير أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر ويقال لفاعله متسبب ".[1] وهو ما اصطلح عليه بالمسؤولية الخطئية القائمة على الأساس العام للضمان وهو التعدي أو الخطأ.[2]

---

[1] عاطف النقيب: المرجع السابق، ص 392.
محمد الشيخ عمر: مسؤولية المتبوع - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1970، ص 104 وما بعدها.
يحيى أحمد مراني: المسؤولية عن الأشياء في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1992، ص 229 وما بعدها.

[2] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 138.

[3] بشرى جندي : تحمل التبعة في المسؤولية غير العقدية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، السنة الثالثة عشر، العدد الثالث (يوليو - سبتمبر)، 1969، ص 541.
أبي عمر عبد الله بن محمد الحمادي: التكييف الشرعي لبطاقات الائتمان ويليه المسؤولية الشرعية للطبيب عن الخطأ، الطبعة الأولى، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 37.

[4] وتنص المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية على أن:" المباشر ضامن وإن لم يتعمد".

الفرع الثالث:
الخصائص المميزة لخطأ الطبي

لاشك أن الخطأ الطبي وفقا لما سبق بيانه وبناء على التعريف والتحديد الدقيق والشامل الذي توصلنا إليه، يتميز بجملة من الخصائص تجعله متميزا عن باقي الأخطاء الفنية المهنية المختلفة.

وبناءً على ما تقدم فإن الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية الطبيب هو الخطأ المؤكد والثابت بوضوح والمتميز، الناجم عن إخلال الطبيب بالأصول العلمية الثابتة. فهو ذلك الخطأ الذي يبدأ حيث تنتهي الخلافات العلمية ولا يُأخذ المَرّد بالشُبهات.[3]

ولاشك أن المصلحة تقتضي أن يبقى باب الاجتهاد والإبداع مفتوحا أمام الطبيب حتى يتسنى له القيام بمهامه في معالجة المريض وتخفيف الآلام عنه وبذل الجهود لشفائه، وهو في طمأنينة وأمان من أن يسأل إلا عن الأخطاء التي تثبت ثبوتا ظاهرا واضحا بصفة قاطعة لا احتمالية، لا يأتيها من له إلمام ودراية بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر.

وقد أكدّ كل من القضاء والفقه على ضرورة أن يكون الخطأ الطبي ثابتا ومحققا ومتميزا.

البند الأول:
تأكيد القضاء

اعتبرت المحاكم الطبيب مسؤولا عن كل خطأ مميز بوضوح، خاصة عن إهماله وقلة احترازه بصرف النظر عن نوع المسؤولية المترتبة على عاتقه. طالما أن معيار خطأ الطبيب يبقى واحدا سواء بحثت هذه المسؤولية على أساس عقدي أم تقصيري.[4]

---

[1] سليم رستم باز: شرح المجلة (مجلة الأحكام العدلية)، دار العلم للجميع، بيروت، 1998، ص 421.
[2] علي الخفيف: المرجع السابق، ص 149.
لاشين محمد الغاياتي: مدى مسؤولية الطبيب عن أخطائه في الشريعة والقانون، مجلة المحامي، السنة الرابعة والعشرون (أبريل، مايو، يوليو 2000)، الكويت، ص 396.
وهو ما أكدته المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد".
[3] حسين محيو: المرجع السابق، ص 41.
علي مصباح إبراهيم: المرجع السابق، ص 532.
[4] Toulouse : 25/05/1938, Gaz .pal, Paris, 05/10/1938.

وقد أوضحت محكمة ليون الفرنسية هذا الأمر بقولها: " لما كان التزام الطبيب يتحدد بالمستوى العلمي وبالقواعد المعترف بها في الفن الطبي، ويعدُ ذلك من الأمور ذات التغيير المستمر والتي تثير الكثير من الجدل. وأن القضاء يشترط أن يكون الخطأ الطبي وبصفة خاصة الفني واضحا، أي مستخلصا من وقائع ناطقة واضحة، بحيث يثبت أنه يتنافى في ذاته مع القواعد العامة المقررة التي لا نزاع فيها. فينبغي أن يكون الخطأ ثابتا ثبوتا كافيا لدى القاضي، بمعنى أن يكون ظاهرا لا يحتمل المناقشة، أي بصفة قاطعة لا احتمالية ".[1]

كما أن محكمة النقض الفرنسية كرّست هذا التوجه، حيث أكدّت على المبدأ الذي استقرت عليه المحاكم، وكل ما اشترطته هو أن يكون الخطأ محققا ومتميزا.[2]

هذا الاتجاه الذي رسمه القضاء الفرنسي انتهجه غالبية القضاء العربي، حيث أكدت في هذا الصدد محكمة التمييز الكويتية ضرورة : " وجوب ثبوت الخطأ المهني للطبيب بصورة أكيدة واضحة لكي تنعقد مسؤوليته عنه ".[3]

وضرورة تمييز الخطأ الطبي بالثبوت والتأكيد على وجه اليقين لا الاحتمال أيّده القضاء اللبناني حيث جاء في أحد أحكامه: " وحيث أنه عند تقدير الخطأ الطبي يجب التثبت من وقوعه بالصورة القاطعة من غير اعتماد عوامل الاحتمال أو التشكيك حول حصوله ".[4] وفي حكم آخر أكدّ القضاء نفس المعنى بقوله: " وعلى هذا الأساس فإن الخطأ الطبي ليس حتما بخطأ الرجل العادي أو الوسط، والإهمال وعدم الاحتراز عند الطبيب ليس بالإهمال وعدم الاحتراز عند غيره من عامة الناس. بل إن خطأه يجب أن يكون خطأ مميزا عن أخطاء غيره Faute caractérisée، وعلى القاضي ألاّ يعتبر الطبيب مسؤولا إلا بسبب هذا الخطأ المتميز بأوصافه عن غيره الذي يَنمُ عن عدم

---

1 Lyon : 16/10/1955, Gaz. pal, Paris, 1962, p 677.

2 Cass. civ : 30/10/1963, Dalloz, 1964 - 81.

مذكور عند سهير منتصر: المرجع السابق، ص 87.

Cass. civ : 21/11/1978, Gaz. pal, Paris, 1979, p 98.

3 تمييز كويتي بتاريخ: 1980/06/04 الصادر عن دائرة التمييز الكويتية في الطعن رقم 100، 79/108 تجاري.

4 القاضي البدائي المدني في بيروت، حكم رقم 826 بتاريخ 1961/03/29، لنرة القضائية، 1962، ص 617.

معرفة الطبيب لواجباته. ويستخلص من كل ذلك أنه على القاضي عند البحث في مسؤولية الطبيب أن ينظر إلى طبيعتها المميزة أولا وإلى التأكد من حصولها ثانيا "[1].

وقد سار كل من القضاء الأردني [2] والمصري[3] على نفس النهج في تحديد طبيعة الخطأ الطبي وتمييز عن غيره.

أما بشأن القضاء الجزائري فنظرا لقلة الأحكام القضائية، لم أعثر إلا على حكم واحد [4] يشير بطريقة غير مباشرة إلى ضرورة أن يكون خطأ الطبيب ثابتا ومحققا، حيث جاء فيه: "وحيث أنه رغم دفوع العارضة الرامية إلى عدم قبول الدعوى ما دام أن الخطأ المهني غير ثابت..."، ويضيف الحكم " وحيث أن الخبير لم يخلص إلى أنه يمكن الجزم بكل يقين وقناعة أن هناك خطأ مهني ". وهذا لاشك أن فيه دلالة واضحة على كون خطأ الطبيب يجب أن يكون ثابتا ومحققا مما يسمح القول بتوافره بكل يقين وقناعة.

وخلاصة المسألة أنه يجب على القاضي التأكد من ثبوت الخطأ لديه ثبوتا كافيا، وإن احتاج في ذلك للاستعانة برأي الخبراء للتحقق من ثبوته وتأكده.[5]

البند الثاني:
تأكيد الفقه

يرى الفقه الفرنسي بدوره أن كل خطأ طبي من شأنه أن يرتب مسؤولية الطبي ب، إلا أنه يقتضي أن يكون هذا الخطأ أكيدا، ذلك أن الطب يبقى فنا في ممارسته وفي دقته تبعا لحالة كل مريض على حدة. حيث من المؤكد أن التقنية الطبية تأخذ دورا يزداد أهمية ويَدِقُ يوما بعد يوم.[6]

وفي هذا السياق يؤكد بعض الفقهاء أن مسؤولية الطبيب عن جميع أخطائه ليس معناها أن

[1] القاضي المنفرد الجزائي في المتن، حكم رقم 3 بتاريخ 1970/07/08، شبلي/ أبو جودة.
[2] محكمة التمييز الأردنية: 1978/04/26، مجلة نقابة المحامين، 1978، الأردن، ص 852.
[3] محكمة الإسكندرية الابتدائية: 1943/12/30، مجلة المحاماة، السنة الرابعة والعشرون، رقم 250، مصر، ص 78.
محكمة استئناف مصر: 1936/01/02، مجلة المحاماة، السنة السادسة عشر، رقم 334، مصر، ص 713.
[4] قرار مجلس الدولة: 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م.م ومن معه)، ن.ق، العدد 63، 2008، ص 411، 412.
[5] موفق علي عبيد: المرجع السابق، ص 58.
ضاري خليل محمود: الخطأ الطبي، مجلة العدالة، العدد الثالث، السنة الثالثة، 1977، العراق، ص 474.
[6] Jean Penneau : La responsabilité médicale, éd. Sirey, Paris, 1977, p 81.

يؤخذ بالظن أو بالاحتمال، إذ المسؤولية لا تترتب إلا على خطأ ثابت محقق وأكيد [1]. ولعل ما يؤكد اعتماد الفقه على هذه الصفة أو الخاصية للخطأ الطبي، هو كون الطبيب يتمتع في مواجهة العاهات والآلام بل وحتى الموت من أجل القيام بفنه وإثباته بكل ثقة وشجاعة. الأمر الذي يستتبع مسؤوليته ما لم يكن قد ارتكب خطأ مميزا.

لذلك فإن ما يستدعي ضرورة توافر الخطأ الأكيد والمميز لقيام مسؤولية الطبيب، مرجعه في الحقيقة إلى ميزة العمل الطبي التقنية والمعقّدة. وإلى ما يثيره تقدير الأخطاء الطبية من صعوبات، خصوصا إذا ما سلمنا بأن مسؤولية الطبيب لا تُبنى على الظن والاحتمال بل على أساس الخطأ الثابت والمحقق الذي تحدده الأصول العلمية.

وإذا كان كل خطأ طبي ثابت ومحقق أكيد ومميز يرتب مسؤولية الطبيب، فهل هذا يعني أن أي خطأ للطبيب تتوافر فيه مثل هذه الخصائص بصرف النظر عن موقع الطبيب ودرجة علمه ويقظته وتخصصه... يستوجب مسؤوليته ؟.

إن هذا التساؤل يدفعنا لبحث مسألة توافر عناصر الخطأ الطبي من عدمها من جهة، ثم التطرق للمعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته من جهة أخرى من خلال المطلب التالي.

المطلب الثاني:
معيار الخطأ الطبي

إن توضيح فكرة الخطأ وبيان مفهوم ه عموما والخطأ الطبي خصوصا من خلال مختلف التعريفات السابقة، واستخلاص أهم خصائصه ومميزاته ، لم يكن كافيا لتحديد معالم الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية . ذلك أن التساؤل يثور بشأن الضابط أو المعيار في تحديد طبيعة هذا

[1] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 140، 168.
مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 64.
سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 391.
سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 377، 378.

الخطأ وبيان حدوده، بل وقبل ذلك يقتضي الأمر البحث في مقومات أو عناصر الخطأ الطبي حتى يتحقق قيام المسؤولية المدنية.

وتبدو أهمية البحث في عناصر الخطأ الطبي ومعياره حينما نكون بصدد مناقشة حدود هذا الخطأ، واستقراء المقياس أو الضابط الذي يقاس به هذا الخطأ الطبي، لاسيما وأن الالتزام الملقى على عاتق الطبيب المسؤول ما هو في الأصل إلا التزام ببذل عناية.

وبناء على ذلك سنتناول عناصر الخطأ الطبي في الفرع الأول ثم نتطرق بعد ذلك لبيان معيار هذا الخطأ في الفرع الثاني.

الفرع الأول:
عناصر الخطأ الطبي

يتضح من خلال التعريف السابق للخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية أنه يقوم على عنصرين أو ركنين، أحدهما مادي وهو التعدي ويتمثل في الحيدة أو الانحراف عن السلوك العادي والمألوف. والآخر معنوي وهو الإدراك متمثلا في الإدراك والتمييز. وتفصيل ذلك يقتضي منا البحث في مقدار هذا الانحراف من جهة ومقدار وحدود السلوك العادي والمألوف من جهة أخرى. كما يستدعي المقام بحث ومناقشة مستوى الإدراك والتمييز في قياس الخطأ. وهذا ما سنتعرض له من خلال البندين التاليين.

البند الأول:
العنصر المادي (الانحراف أو التعدي)

أسلفنا القول عند تعريفنا للخطأ بأنه السلوك الخاطئ المتمثل في الخروج عن السلوك المألوف الذي يتبعه الشخص العادي. ولما كان السلوك الخاطئ يتصف من الناحية القانونية بعدم المشروعية

- باعتبار اللامشروعية هي الركن المادي للخطأ- [1]، فإن ذلك يجعل من مرتكب الخطأ مخالفا لالتزام قد يكون مصدره العقد أو القانون، كما قد يكون نابعا من الدين أو الأخلاق أو أعراف المجتمع، ويسير عليه الشخص المعتاد.[2]

إلا أن التساؤل والخلاف يظل قائما بشأن قياس هذا الانحراف أو اللامشروعية. فيذهب البعض إلى أن اللامشروعية تنتج جراء الاعتداء على حقٍ ما[3]. في حين يرى البعض الآخر أن الانحراف هو إخلال الشخص بواجب قانوني كان يمكن أن يتبيّنه أو يراعيه.[4]

غير أن حصر الواجبات القانونية أمر بعيد المنال، ذلك أن هذه الأخيرة عديدة ومتنوعة لا يمكن حصرها ولا تحديدها. وعلى ذلك فإنه يجب التسليم بوجود واجب عام يفرض على كل طبيب اتخاذ جميع الاحتياطات وتقديم كافة الجهود والاهتمامات التي تتطلبها مهنته وتقتضيها ظروف الحال، إلى جانب ما يحدده القانون من التزامات وواجبات في ذمته.

ولاشك أن هذا الواجب يتوافق مع نموذج " الشخص الحريص " أو " رب الأسرة الحريص أو العاقل " Le bon père de famille الذي يفرضه القانون كمعيار للسلوك، والذي يشكل انتهاكه أحد أوجه الخطأ المتمثل في عدم التبصّر والاحتياط المشار إليه ما في المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي.[5] وتبدو أهمية وميزة هذا النموذج وذلك الواجب العام المفروض في كونه يتميز بالمرونة، التي تتيح لها التوافق مع كافة الظروف وتغطية جميع المواقف المحتملة.

يستخلص مما سبق أن قياس الانحراف في سلوك الطبيب يكون باعتماد المقياس المجرد دون الشخصي، أي بسلوك الطبيب سلوك الطبيب المعتاد الذي يمثل جمهور الأطباء وأوسطهم. وعليه فالشخص المعتاد المرتكب للخطأ يكون في الغالب الأعم وسطا بين هذا وذاك بحسب المألوف من سلوك الشخص العادي ، ونقيس عليه سلوك الشخص المعتدي أو المنحرف، فإذا ثبت أنه لم

---

[1] أيمن العشماوي: المرجع السابق، ص 22.
Josserand Louis: cours de droit civil positif français, Tome 2, 3[eme] édition, recueil Sirey, Paris, 1939, p 240 - 244.

[2] راجع: نعمان خليل جمعة: دروس في الواقعة القانونية أو المصادر غير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 43، 44.
حسن عبد الباسط جميعي: الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون جهة نشر، مصر، 2005، ص 20.

[3] Josserand Louis : op. cit, p 242, 243.

[4] Savatier René : op. cit, p 05.

[5] Patrice Jourdain : Les principes de la responsabilité civile, op. cit, p 41, 42.
عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 781.

ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي، فإنه بذلك لم يقع منه تعدّ وانتفى عنه الخطأ. أما إذا كان قد انحرف فمهما يكن من أمر فطنته أو يقظته فإنه قد وقع منه اعتداء وثبت الخطأ وترتبت المسؤولية في ذمته.[1]

لذلك فانحراف الطبيب عن السلوك المألوف للطبيب الوسط لا يتحقق بالخروج عن معطيات الأصول الطبية المستقرة فحسب، ولكن أيضا بعدم اتخاذه واجب الحيطة والحذر أثناء ممارسته لعمله الطبي[2]. الأمر الذي يترتب عنه أن القاضي لا يتعيّن عليه الوقوف عند معطيات الأصول العلمية الطبية المستقرة وسلوك الطبيب منها، وإنما يجب عليه أن يراعي في اعتباره ما سلكه الطبيب من الحيطة والحذر حتى يكون قضاؤه غير معيب.[3]

على أننا سنتطرق بمزيد من التفصيل لتوضيح المعيار المعتمد [4] في قياس وتقدير الخطأ الطبي، ونكتفي بالإشارة في هذا المقام أن الركن المادي للخطأ إنما يتمثل في انحراف الطبيب وخروجه عن المسلك السليم المألوف المفترض انتهاجه من أي طبيب وسط من جمهور الأطباء. ذلك أن هذا الانحراف يشكل في ذاته ركنا ماديا لا قيام للخطأ بدونه. إضافة إلى الركن المعنوي الثاني المتمثل في الإدراك والتمييز، وهو ما نتعرض له في هذا البند الموالي.

البند الثاني:
الإدراك والتمييز

[1] حسن عبد الرحمن قدوس: المصادر غير الإرادية للالتزام، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1985، ص 32 وما بعدها.
عبد الودود يحيى: الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 222 وما بعدها.
محمد لبيب شنب: دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976- 1977، ص 344.
محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري(مصادر الالتزام)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1991- 1992، ص 30.

[2] عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المسؤولية المدنية للأطباء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة القاهرة، مصر، 1414 هـ/ 1994م، ص 94.
صلاح حسن البرعي: المرجع السابق، ص 155.

[3] بلحاج العربي: الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والخمسون، السنة الثالثة عشرة (رجب، شعبان، رمضان 1422هـ/ نوفمبر، ديسمبر 2001، جانفي 2002م)، الرياض، ص 17.

[4] أنظر الصفحة 52 وما بعدها.

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

لاشك أن القانون – كأصل عام – لا يتوجه بالخطاب إلا إلى شخص مميز يستطيع أن يفهم أوامره وأن يقوم بتنفيذها، ومن تم كان تكليف أي شخص بواجب أو التزام قانوني يفرض عليه سلوكا شخصيا معينا. وعليه فيفترض ضرورة توافر التمييز في هذا الشخص.

ولما كان التشريع المدني الجزائري قد اعتنق النظرية التقليدية أو ما يسمى بنظرية المسؤولية الشخصية والتي تجعل من الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية[1]، شأنه شأن التشريع المصري والفرنسي[2]. فإنه يشترط توافر العنصر الثاني المعنوي للخطأ وهو الإسناد والمتمثل في الإدراك والتمييز حتى يمكن نسب الفعل إلى صاحبه.[3]

وبناء عليه متى وقع الفعل الضار من شخص غير مميز أو مجنون أو فاقدٍ للوعي، فلا مسؤولية عليه ما لم يكن جنونه أو فقده للوعي راجعا إلى خطأ منه[4] وهذا ما أكدته المادة 125 من القانون المدني الجزائري بقولها: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أ و عدم حيطته إلا إذا كان مميزا "، والتي تقابلها المادة 164 من القانون المدني المصري.

يتعين وفقا لذلك أن قيام المسؤولية يتوقف على ضرورة توافر ركن أو عنصر الإدراك والتمييز في مرتكب الفعل إلى جانب الركن أو العنصر المادي المتمثل في الانحراف، حتى يمكن مساءلته جنائيا أو مدنيا.

وبناء على ذلك فلا مسؤولية دون تمييز، وتكون تصرفات كل من الصبي غير المميز والمجنون وغيرهما من عديمي الأهلية لا مسؤولية عليهم فيما يتعلق بها، وذلك لانعدام الإدراك لديهم.

ويقصد بالإدراك القدرة على تصور الشخص لما قد يؤدي إليه نشاطه من نتائج أو ما قد يترتب عليه من آثار ضارة تلحق بالغير، وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الضرر نتيجة من الممكن تصوّرها في الظروف التي يباشر فيها الفرد نشاطه.

---

[1] تنص المادة 124 من القانون المدني: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[2] تنص المادة 163 من القانون المدني المصري: " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

L'article 1382 du code civil français: ‘‘ Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ’’.

[3] أيمن العشماوي: المرجع السابق، ص 29.

[4] حسن عكوش: المسؤولية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، الطبعة الثانية، دار الفكر الحديث، القاهرة، 1973، ص 54.

مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 50.

أنور سلطان: المرجع السابق، ص 333.

وقد نصت المادة 42 من القانون المدني الجزائري على سن التمييز بقولها: " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ". جاعلة بذلك سن التمييز في حدود ثلاثة عشرة سنة خلافا للمشرع المصري الذي حدده في حدود سبع سنين.

خلاصة القول بناء على ما تقدم أن انعدام التمييز يؤدي إلى انعدام الخطأ، وبدون الأول لا يوجد هذا الأخير[1]، كما يؤدي ذلك كله إلى انعدام المسؤولية بالتبعية.

وفي هذا الصدد فقد ذكر الفقه [2] أنه يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداما تاما بدون خطأ منه، وأن يكون عديم التمييز هو الفاعل بمفرده للفعل الضار. ويترتب على ذلك جملة من النتائج التالية:

أولا: أن المعتوه المميّز وذو الغفلة والسّفيه وغيرهم تصح مساءلتهم، وذلك لأن التمييز لم ينعدم فيهم انعداما تاما.[3]

ثانيا: إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض كالخمر والمخدرات ونحو ذلك، فإن عديم التمييز لا تنتفي مسؤوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه. فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو مخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز، فإنه يكون مسؤولا عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقدُ للوعي. مع الإشارة إلى أن فاقد التمييز لسبب عارض عليه أن يثبت أن فقد التمييز كان بغير خطأ منه.[4]

ثالثا: يجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسؤول، أما إذا كان في مكان المضرور ونُسب إليه إهمال ساعد على حصول الضرر، فإن القضاء المصري يعتبر في بعض أحكامه أن هذا الإهمال يستوجب تخفيف المسؤولية طبقا لقواعد الخطأ المشترك.[5]

---

[1] Bosc Jean : Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, thèse, Montpellier, 1901, p 23.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 802.

[3] تنص المادة 43 من القانون المدني: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[4] محمد نجيب حسني: المرجع السابق، ص 554 وما بعدها.
حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 29.

[5] نقض جنائي بتاريخ 1986/03/05، مجموعة أحكام النقض الجنائي، س 37، ق 70، ص 342.
نقض جنائي بتاريخ 1985/04/11، مجموعة أحكام النقض الجنائي، س 36، ق 96، ص 558.
نقض جنائي بتاريخ 1987/12/27، مجموعة أحكام النقض الجنائي، س 38، ق 221، ص 1156.
أنظر لمزيد من التفصيل: عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، دار الكتب، مصر، 2000.، ص 77.

ولهذا يرى جانب من الفقه أن عمل الطفل إذا لم يُعتبر خطأً فهو على كل حال عمل مادي تجب مراعاته عند تقدير خطأ المسؤول.[1]

رابعا: يجب أيضا لانعدام المسؤولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسؤول وحده. فإن وجد مسؤول عنه كالأب أو المعلم أو نحوهما فلابد من نسب الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق مسؤولية المسؤول عنه، ويكون بذلك مسؤولا عن خطأ الغير لا عن خطأه الشخصي.[2] ولا شك أن هذا الأمر هو الساري لأن عديم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يراقبه ويكون مسؤولا عنه، ومن تم تخّف حدة انتفاء المسؤولية عند انعدام التمييز في الحياة العملية.

خامسا: يجب ألا تكون مسؤولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس. فإن كان عديم التمييز مسؤولا عن تابعه أو عن أشياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية، وأخذنا بالرأي الذي يقول أن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل إثبات العكس، فإن الخطأ المفترض يكون قائما في جانب عديم التمييز ولا ينفيه انعدام تمييزه. ومثال ذلك الصغير غير المميز يكون مسؤولا عمّن هُم في ذمته مسؤولية المتبوع عن التابع، وقد افتُرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز.[3]

وللإشارة فرغم البحث والتحري لم نعثر في أحكام القضاء الجزائري بجميع درجاته على أي حكم يبيّن مدى مسؤولية عديم التمييز عندما يكون مسؤولا عن تابعه أو عن الأشياء التي تحت حراسته، وذلك لأن الغالب أن الصغير وما يملك يكون في حراسة غيره.

ومن المعلوم أن مسؤولية عديم التمييز التي سبق توضيحها لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ، ذلك أن الخطأ عنصره الجوهري كما سلف هو الإدراك إضافة إلى الانحراف. وعديم التمييز لا إدراك عنده، ومن تم فإن مسؤوليته في هذه الحالة تكون قائمة على تحمل التبعة.[4]

جلال محمد محمد إبراهيم: المسؤولية المدنية لعديمي التمييز، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1982، ص 567 وما بعدها.

[1] مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 51.
عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 803.

[2] صلاح حسن البرعي: المرجع السابق، ص 166.
محمد صلاح الدين حلمي: أساس المسؤولية في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987، ص 493.

[3] انظر في ذلك: حسن عكوش: المرجع السابق، ص 57.
مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 52.

[4] عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية - الكتاب الأول-، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1977، ص 78.

لذلك كانت مسؤولية عديم التمييز قبل تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 شأنها شأن القانون المدني المصري مشروطة ومقيدة واستثنائية واحتياطية وجَوازية، قائمة على أساس العدالة. حيث كانت تنص المادة 2/125 من القانون المدني قبل تعديل يونيو 2005 على: "غير أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعيا في ذلك مركز الخصوم ".

فهي مشروطة[1] بالشرط الواضح من نص المادة سالفة الذكر، والمتمثل في ألا يجد المضرور طريقا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز. إلا أن الغالب أن عديم التمييز يكون في رقابة شخص يكفله كأبيه أو غيره. ومتى وُجد متولي الرقابة كان هو المسؤول نحو المضرور عن العمل الذي ارتكبه عديم التمييز، لذلك يرجع عليه بالتعويض كاملا. أما إذا لم يوجد متوليا للرقابة على عديم التمييز أو وُجد وكان معسرا و لم يستطع المضرور أن يحصل منه على تعويض فإنه يرجع في هذه الحالة بالتعويض العادل على عديم التمييز نفسه.

أما كونها مسؤولية مقيدة ومخففة فذلك أ ن تقدير مداها يُترك للقاضي، حيث لا يكون عديم التمييز مسؤولا بالضرورة عن تعويض كل الأضرار التي أصابت الغير، بل يكتفي فقط بالتعويض العادل وليس الكامل.

أما عن أنها استثنائية فلأنها مقررة على خلاف الأصل المنصوص عليه بالمادة 125 من القانون المدني والذي يشترط التمييز. فهي مسؤولية دون خطأ تُفرض على شخص عديم التمييز، في حين أن القاعدة لا مسؤولية بدون خطأ وعديم التمييز لا يسأل عن خطئه.

ومن حيث كونها مسؤولية احتياطية فلا يمكن اللجوء إليها إلا إذا لم يوجد شخص مسؤول عن عديم التمييز، أو وجد ولكن انتفت مسؤوليته أو تعذّر الحصول على تعويض منه لإعساره.[2]

---

[1] عبد الودود يحيى: المرجع السابق، ص 234، 235.
عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 461.

[2] عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير: التعويض عن ضرر الفعل الشخصي لعديم التمييز في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 28 وما بعدها.
إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

أما بشأن كونها جَوازية فلا يُقرّرها القاضي إلا إذا كان مركز الخصوم يسمح بذلك، حيث يمكن للقاضي ألا يحكم بالتعويض إذا كان عديم التمييز معسرا غير قادر أو كان المضرور موسرا واسع الثراء.

وأخيرا نقول أنها مسؤولية تقوم على أساس العدالة لا على أساس القانون، لذلك فإن التعويض فيها يكون حسبما يراه القاضي مع مراعاته لحالة كل من عديم التمييز والمضرور المالية وكذا جسامة الضرر.[1]

وخلاصة القول أن الطبيب الذي تقوم مسؤوليته يجب أن يصدر منه انحراف واضح عن مسلك الطبيب الوسط، وهو في كامل قواه العقلية. بمعنى أن يصدر منه خطأ طبي وهو مدرك لهذا الانحراف أو الخطأ. فإذا ما فقد الطبيب إدراكه بسبب أجنبي خارج عن إرادته كجنون طارئ أو فقد للوعي أو تنويم مغناطيسي أو غيره، أي أن فقدان الإدراك والتمييز لا يرجع إلى إرادة هذا الطبيب، فإن ذلك يؤدي إلى انتفاء الركن المعنوي، وبالتالي انتفاء الخطأ، مما يدفع المسؤولية عنه لعدم قيام ركن الخطأ.

ونشير إلى أن الشريعة الإسلامية تُعد من أوائل التشريعات التي تقيم المسؤولية بمجرد توافر العنصر المادي، دون حاجة إلى العنصر المعنوي وهو التمييز. إذ تقوم مسؤولية الشخص (الطبيب) بمجرد ارتكابه الفعل غير المشروع بغض النظر عن كونه مميزا أو غير مميز. ذلك أن الفقه الإسلامي يقيم المسؤولية على أساس فكرة الضمان.[2]

حيث قرر غالبية فقهاء المسلمين مسؤولية القصّر والمجانين ونحوهم عن كل فعل يصدر عنهم وذلك في أموالهم الخاصة الحاضرة أو المستقبلية التي تتكوّن لديهم بعد الرشد، مما يدل على اتجاههم في التضمين نحو النزعة الموضوعية.[3]

---

[1] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 252، 253.
محمد صلاح الدين حلمي: المرجع السابق، ص 494.
عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 805.
[2] علي الخفيف: المرجع السابق، ص 09 وما بعدها.
[3] انظر: وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 355.
محمد فوزي فيض الله: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة دار التراث، الكويت، 1403هـ/1983م، ص 266 وما بعدها.
زين العابدين ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 78.
سليمان بن محمد بن أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1985، ص 233 وما بعدها.

وعلى هذا تثبت أهلية الإتلاف لكل إنسان ويلزم بضمان ما أتلفه مميزا كان أو غير مميز، حرا كان أو عبدا، فيلزم الطفل بضمان ما أتلفه. فلو أن ابن يوم انقلب على قارورة إنسان مثلا فكسرها، وجب الضمان عليه في الحال، وذلك لأن فُقدان الوعي أو نقصانه في الطفل إنما يمنع مؤاخذته بالعقوبة البدنية. وذلك لا يُسقط حقوق غيره الناشئة عن عصمة أموالهم، لأن الالتزام بحقوق الناس إنما تتطلب كامل أهلية الوجوب في الملتزم، هذه الأخيرة كاملة في الطفل.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور المالكية – باستثناء بعضهم الذين ذهبوا إلى أنه لا ضمان على الصبي الذي لا يَعقل فيما أتلفه من نفس أو مال، ففعله هدَر لأنه كالعجماء –.[1]

وبناء على ما سبق يتضح أن الفقه الإسلامي يرى مسؤولية من يَضرّ بغيره وهي مسؤولية مالية، لا تقوم على الخطأ بل على الضرر، ولذا لا يشترط في المسؤولية المالية أن يكون مرتكب الفعل الضار مميزا.

وفي الجملة فإن أي فعل شخصي يقع من أي شخص كان مميزا أو غير مميز أو مجنون أو مكره أو سكران، وجب عليه تعويض الضرر سواء وقع على النفس أو المال.[2]

وللإشارة فقد تبنت هذا الاتجاه الموضوعي المستمد في جملته من الفقه الإسلامي بعض التشريعات العربية، كما هو الحال بالنسبة للمادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "كل فعل يصيب الغير بضرر فإنه يستوجب التعويض ولو من غير مميز ". كما بيّنت ذلك المادة 227 من القانون المدني الكويتي بقولها: " كل من أحدث بفعله الخاطئ ضررا بغيره يلتزم بتعويضه سواء

[1] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء العاشر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ/1997م، ص 77.
أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى – ويليها: مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1426هـ/2005م، ص 630.
ابن أبي زيد القيرواني: الثمر الداني في تقريب المعاني، الطبعة الأولى، مكتبة الصفا، القاهرة، 1426هـ/2006م، ص 347.
علي الخفيف: المرجع السابق، ص 68.
[2] محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، بيروت، 1377هـ/1958م، ص 268 وما بعدها.
زكي الدين شعبان: أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة علي الصباح للنشر والتوزيع، الكويت، 1988، ص 355 وما بعدها.

أكان في إحداثه الضرر مباشرا أو متسببا. ويلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطئ ولو كان غير مميز ". ونفس الحكم قررته المادة 278 من القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني:
معيار تحديد الخطأ الطبي

سبق وأن رأينا أن الخطأ الطبي يتوافر إذا قام الطبيب بمباشرة مهنته على نحو لا يتفق مع واجبات الحيطة والحذر التي تفرضها عليه الأصول العلمية والفنية المقررة والثابتة في علم الطب. الأمر الذي يدفعنا لإرساء واستخلاص معيار عام لخطأ الطبيب بصفة عامة، سواء في مجال عمله العادي أم في مجال عمله الفني، يمكن من خلاله قياس مسلك وخطأ الطبيب المراد مساءلته.

ونشير في هذا الصدد إلا أن مسألة تقدير الخطأ الطبي أو ضبط معيار لقياس مسلك الطبيب كانت محل بحث واختلاف بين قطبين أو نظريتين هامتين وهما ؛ النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية. نالت كل واحدة منهما نصيبها من الانتقادات ، الأمر الذي جعل الفقه والقضاء في حيرة دفعتهم للبحث عن معيار آخر أكثر ملائمة وهو ما نادت به النظرية المختلطة.

البند الأول:
المعيار الشخصي

يقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي[1] النظر إلى الطبيب المسنَد إليه الخطأ لا إلى الخطأ في حـــد ذاته، إذ يقاس مسلك الطبيب عند وقوع الخطأ على وفق سلوكه الشخصي المعتاد. فإن كان هذا الخطأ قد نتج عن سلوك أقل حيطة وحذر من سلوكه الذي اعتاده، بحيث إذا ظهر أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه وأن ضميره يؤنّبه على ما حصل منه من إهمال

---

[1] أنظر في ذلك: وديع فرج: المرجع السابق، ص 398.
زهدي يكن: المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، الطبعة الأولى، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، بدون تاريخ، ص 72.
منير رياض حنا: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 32.

وتفريط، ومع ذلك اقترف الفعل الخطأ المولّد للضرر، فقد توافر في حقه الإخلال بواجبات الحيطة والحذر واعتُبر مخطئا.[1]

وإعمالا لهذا المعيار فإنه يتعين عند قياس مسلك الطبيب ومدى انحرافه، النظر إلى شخصية الطبيب المنحرف والاعتداد بحالته الصحية والعقلية والنفسية ، وكذا كافة الظروف اللصيقة بشخصه مثل سنه وجنسه ومستواه التعليمي ودرجة ذكائه وثقافته وبيئته... إلى غير ذلك.

إذ ليس بمستساغ أن نطالب إنسانا بقدرٍ من الحيطة والذكاء يفوق إمكانات مَلكاتِه، ويتجاوز ما قد تحتمله ظروفه الاجتماعية كالثقافة والبيئة والسن والتجربة والصحة والمرض.[2]

كما احتج أنصار النظرية الشخصية – على قلتهم – [3] بحجة أن اعتماد التقديـــر الشخصي لاشك في عدالته[4] بدرجة أكبر من المعيار الموضوعي، لأنه يعامل كل شخص وفقا لظروفه وحالته، ومحاسبته بقدر يقظته وفطنته. إضافة إلى أن هذا المعيار يلغي من ناحية أخرى التفرقة بين الخطأ القانوني والخطأ الأخلاقي المترتبة عن الأخذ بالمعيار الموضوعي. ففي ظل المعيار الشخصي لن يكون هناك سوى خطأ واحد، وبالتالي لن يكون الشخص مسؤولا مسؤولية قانونية إلا إذا أحسّ بالفعل أنه ارتكب خطأ أخلاقيا.

لاشك أن النتائج المترتبة عن اعتناق النظرية الشخصية تبدو غير منطقية، بل ومردودة وذلك من عدة أوجه :

فمن ناحية أن التقدير الشخصي للخطأ يجعل منه فكرة شخصية بحتة، خلافا لما هو مقرر من أن أساس الخطأ فكرة خلقية معنوية، قوامها تعارض مسلك الشخص مع قواعد النظام الخلقي والقانوني[5]. حيث يمكن أن يتوافر الخطأ وفقا لهذا المعيار في حق طبيب معين، بينما لا يتوفر في حق

---

[1] جمال عبد الرحمن علي: المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1993، ص 80، الهامش الأول.
محمد ممتاز: دليلك القانوني إلى تجنب الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، مصر، 2008، ص 52.

[2] Légal Alfred : De la négligence et de l'imprudence comme source de responsabilité, Thèse, Paris,1992, p115,116.

[3] Starck Boris : op.cit, p 32,33.

[4] عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص 38.

[5] مصطفى محمد عبد المحسن: القصد الجنائي الاحتمالي في القانون الوضعي والنظام الإسلامي - دراسة تأصيلية مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 319.
مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدلي - المسؤولية الجنائية -، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2000، ص 113.

طبيب آخر، رغم أن كلاهما قد سلك نفس المسلك، وذلك لأن الأول وحده كان قادرا على إدراك عدم تبصره أو إهماله.

كما أن القول بالمعيار الذاتي أو الشخصي يتطلب دون شك البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حدة، مما يتطلب معه مراقبة وتتبع أحوال كل طبيب من الأطباء، وهذا أمر يتعذّر بُلوغه في الحياة العملية ويُخالفه الواقع ويفوق متناول القضاء[1].

إضافة إلى أنه يترتب على اعتماد التقدير الشخصي أن من شأنه أن يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير والإهمال بعدم محاسبته على تقصيره، ومجازاة ومحاسبة من اعتاد اليقظة على أقل هفوة يهفُوها.[2]

ثم إننا لنتساءل عن العدالة التي يحققها هذا المعيار، أليس من الغريب أن نقرر مسؤولية طبيب معين، بينما نعفي الآخر، مع أن كليهما قد تصرّف بطريقة واحدة وفي نفس الظروف، بحجة أن الأول وحده كان قادرا على إدراك عدم تبصره أو إهماله ؟ وأي ذنب جناه المريض المضرور كي نحرمه من حقه في تعويض الضرر الذي لحق به ؟ فهل من العدل والإنصاف حرمانه من هذا التعويض بحجة أن الفاعل كان دون المستوى العادي في الحرص واليقظة ؟.

لاشك أن ذلك يؤدي إلى حدوث آثار سيئة تتمثل في تبرئة معظم الأفعال الضارة على حساب الضحايا، وبالتالي فإنه من غير المُرضي تماما أن نلقي على عاتق الضحايا بنتائج عدم قدرات فاعلي الأضرار.[3]

وفي الواقع فإن التقدير الشخصي بهذا المعنى لا يتفق مع المنطق ولا مع القانون الوضعي. فليس من المعقول ألا يُسأل مدنيا سوى المذنب وحده لأن التعويض ليس عقوبة، والمسؤولية المدنية والجنائية يجب أن تكونا منفصلتين تماما.[4]

---

[1] مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 398.

[2] منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 280.
وديع فرج: المرجع السابق، ص 398.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 123.

[3] Geneviève Viney : Le déclin de la responsabilité individuelle, Thèse, L.G.D.J, Paris, 1965, p 558.

[4] مصطفى عبد الحميد عدوي: النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام -، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1996، ص 494.

وأخيرا نقول يُؤخذ على المعيار الشخصي أنه لا يخلو من خطورة كبيرة تتمثل في عدم حثّ الأطباء ودفعهم إلى المحافظة على درجة معينة من العناية والاهتمام في سلوكهم، بل على العكس يشجع المتهورين والمتغافلين وذوي الرعونة والإهمال منهم.

لذلك كانت الحاجة ملحة للبحث عن معيار آخر أكثر ملائمة لقياس أخطاء الأطباء، وهو ما دفع بالفقه والقضاء لإرساء معالم معيار جديد وهو المعيار الموضوعي أو المادي المجرد.

البند الثاني:
المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي المجرد مقارنة مسلك الشخص المسؤول ليس بما يجب عليه أن يسلكه هو ذاته، وإنما بما يجب أن يسلكه شخص مجرد يعتبر سلوكه نموذجا لما يتوقع إتباعه عادة من غالبية الناس وجمهرتهم. فلا هو خ ارق الذكاء شديد الفطنة فيرتفع إلى الذِروَة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمّة فيترل إلى الحضيض.[1]

وهكذا في المجال الطبي فإن انحراف الطبيب المسؤول يقاس بمسلك الطبيب الوسط الذي يُتخذ مقياسا. وهو ذلك الطبيب الذي لا يُهمل في بذل العناية اللازمة بالمريض، ويلتزم جانب الحيطة والحذر والانتباه في معالجته من جهة. وهو كذلك الذي لا يخرج في عمله عن أصول المهنة وقواعدها الثابتة من جهة ثانية.

فانحراف الطبيب عن هذا السلوك بأن أهمل العناية بالمريض، أو لم يلتزم الحيطة والحذر والانتباه، أو أبدى جهلا واضحا أو تهاونا بالأصول الفنية الثابتة التي ليست محل خلاف كان مخطئا ومسؤولا.[2]

عبد الحي حجازي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني - مصادر الالتزام -، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 446، حيث يقول: " وقد يكون هذا المقياس الشخصي عادلا بالنسبة إلى من وقع منه الفعل إذ هو يحاسبه على مقدار يقظته. ولكنه غير عادل بالنسبة لمن وقع به الضرر، إذ من الظلم أن لا يعوض الشخص المضرور لمجرد أن المعتدي كان دون المستوى العادي من اليقظة والفطنة أو في ذلك المستوى".

[1] انظر تفصيل ذلك: جلال علي العدوي: أصول الالتزامات - مصادر الالتزام -، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 360 وما بعدها.
جميل الشرقاوي: النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول: مصادر الالتزام -، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 269 وما بعدها.
Nour- Eddine Terki : Les obligations - responsabilité civile et régime général, O.P.U, Alger, 1982, p 37.
Jean Penneau : la responsabilité du médecin, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1996, p 16.

[2] أمير فرج يوسف: خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 15.

وتطبيقا لذلك فبالنسبة للعمل العادي للطبيب، فإنه يطلب منه في أدائه مثل كل شخص عادي أن يصطنع الحيطة والتبصر في سلوكه وأن يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي.

أما بالنسبة للعمل الفني للطبيب فإن تقدير الخطأ المهني فيه يخضع للمعيار الواسع [1]. فيقاس سلوك الطبيب المسؤول بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب محل المساءلة عند أدائه للعمل. لذلك يراعي عند تقدير خطأ الطبيب مستوى الفن أو التخصص الذي يمارسه، هل هو طبيب عام أم طبيب متخصص ؟ وفي أي فرع من فروع التخصص[2] ؟ وما يحيط بالعمل من عادات طبية مستقرة ؟.

وما تجدر الإشارة إليه أن تحديد مفهوم المعيار الموضوعي وفق ما سلف بيانه يثير إشكالا واضحا، فيما يتعلق بالظروف الخارجية التي يجب مراعاتها عند تقدير خطأ الطبيب. وإغفال الظروف الداخلية أو على الأقل بعضها عند النظر في سلوكه كذلك ؟ إذ نتساءل ماذا في الأولى مما يرشحها لأن يقام لها وزن في تقصّي مسلك الطبيب العادي ؟ وماذا في الثانية ما يجعلها غير جديرة بذلك[3] ؟.

والمقصود بالظروف الخارجية ما ليس خاصا أو متصلا بالشخص (الطبيب) مرتكب الفعل الضار، أو ما ليس من خصائصه ومميزاته الطبيعية، كما هو الحال بالنسبة لظرفي الزمان والمكان التي يقام لها وزن في تقصي مسلك الطبيب العادي.

أما الظروف الداخلية فقد سبق وأن أشرنا إليها وهي المتصلة بالطبيب كحالته النفسية ودرجة ذكائه وفطنته وسنه وجنسه وغيرها من الظروف التي لا يجوز أن يقام لها وزن.

محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة (مصر)، 1993، ص 137.
محمود سليمان البدر: المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، (شعبان 1401هـ/ يونيو 1981م)، الكويت، ص 96.
[1] أحمد شرف الدين : مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 48.
محمد أبو زيد: نحو إرساء القضاء الكويتي لأحد مبادئ المسؤولية الطبية - معيار خطأ الطبيب -، مجلة الحقوق، العدد الأول، 1996، الكويت، ص 321.
[2] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op. cit, p 47.
محمد هشام القاسم: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، ربيع الآخر 1399هـ/ مارس 1979م، الكويت، ص 12.
[3] لتفصيل أكثر في الموضوع: انظر: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 217-230.
سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 212- 223.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 125.

والحقيقة أن هذه التفرقة بين الظروف الخارجية والظروف الداخلية في قياس مسلك الطبيب كما يقول الفقيه سليمان مرقس: " فوق عدم استنادها إلى أي أساس من القانون أو من المنطق أو من العدالة، فإنها تؤدي أحيانا إلى حلولٍ يأباها الذوق والضمير، فهي تؤدي إلى التسوية بين واجبات الطبيب الريفي وواجبات الأخصائي الكبير مثلا ".

ويستطرد قائلا: " إن هذه التفرقة لو كان منصوصا عليها قانونا، لكان ما تؤدي إليه من مثل هذه النتائج غير المقبولة، كفيلا بحمل المحاكم على التحايل على النصوص تفاديا لهذه النتائج. أما وأنها لا نص عليها من قريب أو من بعيد وليست نتيجة حتمية لأي مبدأ من المبادئ القانونية المسلمة، بل إنها وليدة الاختيار الحر أو بعبارة أخرى أنها تفرقة تحكمية فحسب، فإن نتائجها المذكورة كفيلة بالحكم عليها. أو تتطلب على الأقل تحويرها أو تعديلها أو تكملتها بما يجنبها الوصول إلى هذه النتائج غير المقبولة ".[1]

لذلك فإن هناك عدة عوامل أو ظروف شخصية لها صلة وثيقة بمهنة الطبيب وبمركزه في تلك المهنة وبكفاءته في عمله، كالتخصص في فرع من فروع الطب، ووجود ه على رأس مستشفى من المستشفيات، وتدريسه في جامعة من الجامعات، ومدى انعزاله في قرية بعيدة عن العلم ومستجدّاته... وغيرها من الاعتبارات التي يُراعيها المريض عند اختياره الطبيب المعالج.[2]

ألا ترى أن المريض يعلق آم الا كبيرة على أخصائي كبير ومعروف، ولاسيما إذا سافر إليه خارج الوطن لشهرته لإجراء عملية جراحية دقيقة، فإنه ينتظر منه كفاءة عالية وممتازة وعناية فائقة تتفق وما أوحته إليه شهرة هذا الطبيب التي ملأت الآفاق. أيُستَساغ من هذا الأخصائي أن يتذرع لدفع مسؤوليته بأنه ليس ملزما بأكثر من عناية الطبيب العادي، بحجة أن علمه الواسع وخبرته

[1] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 212، 213.
[2] سليمان مرقس: تعليقات على الأحكام في المواد المدنية (مسؤولية الطبيب الأخصائي وكيفية تقدير خطئه)، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة - العدد الخامس (مايو 1937م/ ربيع الأول 1356هـ)، مصر، ص 646.
عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 266.
وديع فرج: المرجع السابق، ص 400.
محمد فائق الجوهري: المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الملك فاروق الأول - القاهرة، مصر، 1951، ص 354، 355.

الطويلة وتخصصه المتميز، كل ذلك ليس إلا ظروفا داخلية خاصة به لا ينبغي أن يقام لها وزن في تعيين مدى التزامه اتجاه هذا المريض ؟.[1]

وقد انتقد هذا المعيار الموضوعي القائم على التمييز بين الظروف الخارجية والداخلية من جانب فريق من الشُرّاح كما رأينا، واقترحوا معيارا آخر يقوم على التفرقة بين الظروف الظاهرة وغير الظاهرة. بمقتضاه أن الظرف يجب الاعتداد به في التقدير حتى ولو كان ظرفا شخصيا متصلا بشخص من ارتكبه، متى كان ظاهرا بحيث يستطيع أن يتبيّنه ويرتب أموره وفقا له.

ويستند هذا المعيار على أساس أنه إذا كان ال ظرف واضحا وظاهرا للمريض فعليه أن يراعيه، فمساعد الطبيب لا يبعث في النفس الثقة التي يبعثها الطبيب، كما أن الطبيب الممارس العام أو العادي لا يبعث في النفس الثقة التي يبعثها الطبيب الأخصائي.

وهكذا يجب الاعتداد بالظروف الظاهرة أي المنظورة للمريض المضرور سواء كانت تتعلق بالزمان أو المكان أو كانت تتعلق بصفات أو مكنات خاصة بالمسؤول، ولكنها ظاهرة منظورة للمضرور كالسن ودرجة التعل يم ومستوى التخصص وغيرها. مع ملاحظة أن الاعتداد بهذه الظروف لا يكون بطبيعة الحال إلا حيث يكون لها أثر في الإيحاء إلى الغير بمسلك معين.[2]

إلا أن هذا التحويل أو التعديل في المعيار الموضوعي سرعان ما تعرض للانتقا د هو الآخر على أساس أنه يخلط بين تقدير سلوك الطبيب مرتكب الفعل وسلوك المريض المضرور [3]. والمسألة المراد بحثها هل أن الشخص الذي ارتكب الفعل قد انحرف عن سلوك الشخص المعتاد أم لا، أي هل أخطأ أم لم يخطئ ؟ ولا دخل في ذلك لما إذا كان أمره ظاهرا للمضرور أم غير ظاهر، فتلك مسألة خاصة بالحكم على مسلك المضرور وما إذا كان في إمكانه تجنب الضرر أم لا.[4]

---

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2003/06/24، ملف رقم 297062 قضية (ز.ف) ضد (النيابة العامة)، م. ق، العدد رقم 2 ، 2003، ص337، 338.

[2] محمد كمال عبد العزيز: التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه - الجزء الأول - (الالتزامات)، بدون دار نشر، مصر، 1980، ص 536.
عدلي خليل: الموسوعة القانونية في المهن الطبية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 179.

[3] جلال علي العدوي: مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 233.

[4] عبد الفتاح عبد الباقي: تحديد الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية في ظل القانون الكويتي والقانون المعاصر مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، مجلة المحامي، عدد (سبتمبر- أكتوبر 1978)، الكويت، ص 38.
إبراهيم الدسوقي أبو الليل: المرجع السابق، ص 72.

إن الانتقادات الموجهة إلى هذا المعيار بمختلف أطيافه رغم تحويلاته وتعديلاته، دفعت بالفقه إلى اعتناق المعيار المختلط الذي يجمع بين المعيارين السابقين، وبالتالي اعتماده كأساس لقياس وتقدير خطأ الطبيب، وهو ما سنتعرض له في هذا البند التالي.

البند الثالث:

المعيار المختلط

في مواجهة الانتقادات الكثيرة للمعيارين السابقين لجأ الفقه إلى هذا المعيار في تقدير خطأ الطبيب.[1] وهو ضابط توافقي أخذ من المعيارين الموضوعي والشخصي، إذ تعويلا عليه ينضبط الخطأ في حق الطبيب بمطابقة سلوكه للسلوك المألوف للطبيب المعتاد الوسط من نفس فئة الطبيب المسؤول ومستواه. وأن الطبيب الوسط الذي يؤخذ معيارا للخطأ الطبي يجب ألا يتجرد من الظروف التي أحاطت بالطبيب محل المساءلة.[2]

وبناء على هذا فإن معيار الخطأ الطبي موضوعي في أساسه، أي عند تحديد مدى التزام الطبيب بالقواعد والأصول الطبية. حيث ينظر في تقديره إلى ما يلتزمه الطبيب الوسط من نفس فئة ومستوى الطبيب المسؤول، وما إذا كان يزاول الطب بصفة عامة ويعالج المرضى من مختلف أنواع الأمراض، أم هو أخصّائي لا يعالج إلا نوعا واحدا أو أنواعا محصورة من الأمراض، أم هو الطبيب العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية ؟ إذ لكل من هؤلاء مكانته، ولكل مستواه المهني، ولكل أجرته، وبالتالي لكل معياره الفني.

ونشير في هذا الصدد إلى أن الطبيب إذا توافر لديه أعلى قدر من الدراية والمهارة والخبرة، بسبب ما حصل عليه من درجات علمية أو تدريبات عملية أو مدة خبرته أو غير ذلك من الأسباب، فإنه ومع ذلك يلتـزم في مواجهة المريض برعاية تتناسب وإمكاناته المختلفة. إذ غالبا ما

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 231.
عبد الله بن سالم الغامدي: مسؤولية الطبيب المهنية (دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين المعاصرة)، الطبعة الثانية، دار الأندلس الخضراء، جدة (السعودية)، 1421هـ/2000م، ص 130.
[2] عبد الحميد الشواربي: مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 202.
مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدلي، المرجع السابق، ص 114.

يرجع إليه المريض بسبب هذا التميز وبالتالي فهو يتوقع درجة أعلى من الرعاية والكفاءة في العلاج أو التشخيص حسب الأحوال.[1]

لذلك يجب أن يقدر خطأ الطبيب وفقا لكفاءته والوسائل التي كانت تحت يده وتصرفه وقت تنفيذه للعمل، وظروف الخدمة التي يؤديها. [2] إذ لاشك أن طبيب الريف بإمكانياته البسيطة والمحدودة، لا يتطلب منه ما يطلب من طبيب متخصص يعمل في مستشفى تخصصي أو جامعي معروف بإمكانياته وتجهيزاته. فعمليات نقل الكلى أو القلب التي اعتاد جراح أخصّائي القيام بها أكثر من مرة، تختلف حتما عن تلك العمليات الصغيرة البسيطة كإزالة الزائدة الدودية أو اللوزتين التي يُجريها أي جرّاح آخر.[3]

ومما يؤكد ذلك أنه لا يكفي أن تكون المعدات الحديثة أو المعلومات ووسائل المعرفة التي تؤدي إلى تجنب أضرارً ا صحية معينة، أو إلى تحسن ملحوظ في الحالة الصحية لبعض المرضى، قد اكتشفت وتم تجريبها وثبتت نتائجها الإيجابية. بل يجب أن يكون في استطاع ة الطبيب الذي يتمتع بالقدر المتوسط من الحيطة والحذر التعرف عليها والتدرب على استخدامها.[4]

خلاصة المسألة في تحديد معيار الخطأ الطبي والذي نراه مناسبا ونرجحه فيما يتعلق بتقدير سلوك الطبيب هو اعتماد المعيار العملي المختلط الواسع والذي يقاس بسلوك الطبيب الصالح المعتبر من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصرا ودقة من نفس فئته وفي نفس فرع اختصاصه ومن نفس مستواه الفني المهني، وُجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب المسؤول والمؤثرة في سلوكه. وهو

---

[1] J.K.Mason and R.A.Mccall Smith: Law and medical, Ethics, Butter worths, London, 1991, p 208.
Michael A. Jones: Medical Negligence, London Sweet Maxwell, 1989, p 99.
Margeret Brazier: Medecine, Patients and Law, Penguin Books, London, 1992, p 71.

[2] إيهاب يسر أنور علي: المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص 167.
أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 231.
وانظر لمزيد من التفصيل الموسع : رسالته للدكتوراه " المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة"، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 1983، ص 245، 246.

[3] Georges Boyer Chammard, Paul Monnzein : La responsabilité médicale, P.U.F, Paris, 1974, p 180.

[4] Gérard Mémeteau : La responsabilité civile médicale, Centre de recherche en droit Privé et comparé du Québec, Montréal, 1990, p 47.
Christian Atias : Spécificité de l'activité médicale et responsabilité, Actes du colloque (19-20 Juin 1992), organise par la faculté de médecine de Marseille, Paris presses universitaires d'Aix- Marseille, 1993, p 111.

يبذل في معالجة مريضه العناية اللازمة ويراعي فيها الأصول الطبية المستقرة، وكل خروج منه عن هذه الموجبات يشكل خطأ طبيا يسأل عنه.

ولاشك أن هذا المعيار قد وضع أسسه فقهاء الشريعة الإسلامية، بالرغم من أنهم لم ينصّوا صراحة على معيار التعدي (الخطأ). إلا أنهم تعرضوا لفكرته بعبارات ذات مضمون واحد، كقولهم مجاوزة المعتاد، أو الخروج عن الرسم المعتاد، أو خلاف العادة... وهذه العبارات توضح ملامح المعيار المعتمد وتفصح عما أَلِفه الناس واعتادوه. واعتياد الناس ورضائهم بالفعل كالإذن من جهة الشارع، وفي ذلك يقول الصنعاني: " إن فاعل المعتاد كالمأذون له من جهة الشّرع لرضاء المسلمين به ".[1]

لذلك يحرص الفقهاء على أن تكون أعمال الطبيب أو الجراح على وفق الرسم المعتاد، أي موافقة للقواعد الفنية التي يتبعها أهل الصنعة في مهنة الطب [2]. حيث أوجبوا ألا يتصدّى للطب إلا الطبيب المعتبر بحكم الأنظمة والأعراف والتقاليد الموجودة والتي يتعامل بها الناس، وعليه أن يحترم التخصص فلا يقحم نفسه في تخصصات لا يتقنها حتى لا يسيء إلى نفسه ولا إلى مريضه.

وحيث أن التخصّصات الطبية متعددة ومتنوعة، فيجب أن تحال المشكلات الطبية المعقدة إلى ذوي التخصص فيها [3]، عملا بالآية الكريمة في قوله I: (فَٱسْأَلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُم لاَ تَعْلَمُونَ).[4]

وقد استندوا إلى الحديث الثابت عن النبي ρ: " من تطبّب و لم يعلم منه طب فهو ضامن ".[5]

قال الإمام الخطابي: " لا أعلم خلافا في أن المعالج إذا تعدى فتلف المريض كان ضامنا، والمتعاطي علما أو عملا لا يعرفه متعدٍ، فإذا تولّد من فعله التلف ضمن الدية ".[1]

---

[1] شرف الدين الحسين بن أحمد الصنعاني: الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، الجزء الرابع، مطبعة السعادة، مصر، 1347هـ، ص 290.

[2] أحمد بن محمد الطهطاوي: المرجع السابق، ص 75.
أبي عبد الله محمد الخرشي: المرجع السابق: ص 115.
انظر قرب هذا المعنى: محمد بن يوسف بن عباس أطفيش الحفصي العدوي من فقهاء الإباضية أصله من وادي ميزاب (الجزائر): شرح النيل وشفاء العليل، الجزء 15، مطبعة دار الفتح، بيروت، 1972، ص 186. حيث يقول:" لا ضمان على حجّام أو ختان إن فعل كما عند أهل الصنعة".

[3] أبي حذيفة إبراهيم بن محمد: نفح الطيب في آداب وأحكام الطبيب، الطبعة الأولى، دار الصحابة للتراث بطنطا - مصر، 1990، ص 35.

[4] الآية 43 من سورة النحل.

[5] حديث حسن رواه ابن ماجة رقم (3466)، وأبي داود تحت رقم (4586)، والنسائي تحت رقم (4830) وصححه تحت رقم (4831) من طريق محمود بن خالد.
وقال العلامة الألباني حديث صحيح: انظر سلسلة الأحاديث الصحيحة تحت رقم 635، وانظر صحيح الجامع الصغير وزيادته تحت رقم 6153.
وأخرجه الدار قطني وصححه الحاكم.

ويؤكد الإمام الشافعي رحمه الله هذا المعنى بقوله: " أمر الرجل أن يحجمه أو أن يختن غلامه أو أن يبطر دابته فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فعل ما لا يفعله مثله ممن أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن ".[2]

ويمكن القول كما يرى بعض الفقهاء أن عبارة الإمام الشافعي رحمه الله سالفة الذكر، تصلح لأن تكون أساسا لمعيار الخطأ المهني الطبي في الفقه الإسلامي فضلا عنه في الفقه القانوني [3]. إذ نجدهم قد وضعوا عدة ضوابط في مباشرة العمل الطبي ولاسيما ما يتعلق بعدم خروج الطبيب عن الرسم المعتاد في مزاولته للطب، أي موافقة القواعد الطبية التي تُتَّبع في كل حادثة على حدة.[4]

فقوله رحمه الله: " فإن كان فعل ما يفعلُ مثلِه... عند أهل العلم بتلك الصنّاعة فلا ضمان" يفيد الاعتداد بما اعتاده وجرى عليه أهل مهنة معينة من سلوك، كمعيار يقاس عليه سلوك المدعي عليه (الطبيب) بالتعويض. أما كلمة " مثله " تفيد الاعتداد بالمستوى المهني للطبيب – وغيره من أهل المهن – ومقارنة مسلكه بمسلك طبيب آخر من نفس مستواه الفني.

فيتضح مما سبق اتفاق الفقه الإسلامي القائل بأنه لا ضمان على ختّان أو حجّام إن فعل مثل أهل الصنعة كمعيار للخطأ الطبي، والفقه القانوني القائل بأن سلوك الطبيب الوسط هو معيار لذلك الخطأ.

خلُصنا مما سبق أن الخطأ الطبي المتمثل في خروج الطبيب عن الأصول العلمية والقواعد المستقرة لمهنة الطب، هو الخطأ الموجب لمسؤولية الطبيب المدنية. وقد رأينا أن هذا الخطأ يتميز عن

---

[1] أبي سليمان أحمد بن محمد الخطابي: معالم السنن، الجزء السادس، مطبعة أنصار السنة، مصر، 1367هـ، ص 378.
أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي: شرح السنة، الجزء العاشر، تحقيق وتعليق شعيب الأرناؤوط، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، سوريا، 1396هـ، ص 341.

[2] أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: المرجع السابق، ص 66، 166.
وانظر: أبي عبد الله محمد بن غانم البغدادي: مجمع الضمانات في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، الطبعة الأولى، المطبعة الخيرية، مصر، 1308هـ، ص 30.

[3] محمد فاروق بدري العكام: الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة- مصر، 1977، ص 83.
محمد علي النجار: حول مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، عدد محرم 1368هـ، مصر، ص 51.

[4] علي داوود الجفال: أخلاقيات الطبيب - مسؤوليته وضمانه (الأحكام المتعلقة ببعض ذوي الأمراض المستعصية)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1415هـ/1994م، جدة، ص 96.
عبد الستار أبو غدة: المبادئ الشرعية للتطبيب والعلاج من فقه الطبيب وأخلاقيات الطبيب (مدى شرعية التحكم في معطيات الوراثة)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1415هـ/1994م، جدة، ص 143.
محمد عطا السيد سيد أحمد: مسؤولية الطبيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1415هـ/1994م، جدة، ص 187.

الخطأ المدني، بل وحتى عن غيره من الأخطاء المهنية الأخرى بجملة من الخصائص نظرا لطبيعة مهنة الطب وما تتميز به من خصوصية، إضافة إلى المعيار المعتمد في تحديد طبيعة هذا الخطأ. غير أن ذلك يبدو غير كافٍ، إذ يثور التساؤل بشأن الشروط الواجب توافرها في هذا الخطأ حتى يُعتد به كركن لقيام المسؤولية ؟ وهل يؤثر توضيح كل ما سبق في وضع تقسيمٍ أو تحديدٍ لمختلف أنواع الخطأ الطبي ؟

هذه الإشكالات وغيرها نحاول بحثها والإجابة عنها من خلال هذا المبحث الموالي.

المبحث الثاني:
ضوابط الخطأ الطبي

يحتاج منا استكمال موضوع تحديد الطبيعة القانونية للخطأ الطبي إلى بحث مسألة لا تقل أهمية عن بيان مفهومه، إذ يقتضي المقام مناقشة ضوابط وحدود هذا الخطأ. فليس أي خطأ يصدر عن أي طبيب كان يرتب مسؤوليته، كما أن تعدّد الأخطاء الطبية واختلاف تخصّصات الطب، وتفاوُت مَدارك الأطباء واختلاف غاياهم وإمكانياهم، تجعل حتما من هذا الخطأ يتجلّى في عدّة أنواع أو أقسام.

إن بحث هذه المسائل يدفعنا لبيان الشروط الواجب توافرها لتحقق ركن الخطأ الطبي (المطلب الأول)، ثم توضيح أهم أنواعه من خلال ممارسة مهنة الطب (المطلب الثاني).

المطلب الأول:
شروط الخطأ الطبي

مما لا شك فيه أن تحديد مفهوم الخطأ الطبي على وفق ما رأيناه سابقا، يجعل الطبيب في مقام المسؤولية نتيجة ارتكابه لهذا الخطأ. غير أن الأمر ليس بهذه البساطة، إذ يتطلب ذلك بحث طبيعة

الشروط الواجب توافرها لقيام الخطأ الطبي ، وبيان أهميتها. ذلك أن مهنة الطب مهنة إنسانية نبيلة مُحاطة بسياج القدسية والكرامة.

ولعلّ التحليل العلمي للتعريفات السابقة للخطأ الطبي وتأصيلها، يقودنا إلى استنباط أهم الشروط الواجب توافرها في هذا الخطأ. إذ يمكننا إجمالها في نوعين؛ شروطا قانونية متعلقة بالجانب القانوني (الفرع الأول)، وأخرى مهنية مرتبطة بالجانب المهني والعملي (الفرع الثاني).

الفرع الأول:
الشروط القانونية

لقيام خطأٍ طبي يُوجِب مسؤولية الطبيب المدنية، ينبغي توافر عدة شروط متعلقة بالجانب القانوني لهذا الخطأ، ومقصودنا بالشروط القانونية هي تلك التي يتطلبها القانون، وتتمثل فيما يلي :

البند الأول:
أن يكون مرتكب الخطأ طبيبا:

يرتبط الخطأ بصفة جوهرية في الشخص المخطئ كونه طبيبا. وهذا الأخير هو "الشخص العالم بالطب الحاذق فيه، الذي نذر نفسه لخدمة صحة مرضاه بقصد العلاج وبحسن نية[1] وفق الأصول العلمية الفنية التي يقرّرها فن الطب وأهل العلم به ".[2]

فاسم الطبيب يشمل كل من يمارس أي فرع من فروع الطب المختلفة، وتخصيصه ببعض الأنواع عُرف مُستحدث لم يكن معهودا لدى الأطباء قديما. وقد أشار إلى هذا الإمام ابن القيم في

[1] عبد الستار أبو غدة: تعليقاته ضمن مناقشات الدورة الثامنة لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي (الدورة الثامنة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي)، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1415هـ/1994م، جدة، ص 399.

[2] عبد الستار أبو غدة: فقه الطبيب وأدبه، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، الطبعة الثانية (أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي)، (ربيع الأول 1401هـ/1981م)، الكويت، ص 596.

موفق الدين بن أبي أصبعة: عيون الأنباء في طبقات الأطباء، تحقيق د. نزار رضا، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، 1965، ص 564، 565.

عبد الله محمد الجبوري: المرجع السابق، ص 94.

كلام مماثل في كتابه " الطب النبوي " وزاد عليه قوله: " وسواء كان طِبّه لحيوان بهِيم أو إنسان، فاسم الطبيب يطلق لغة على هؤلاء كلهم ". فيدخل في ذلك كما ي ضيف قائلا : " الطبيب البيطري، طبيب الأسنان، الطبيب العام والاختصاصي في الجراحة أو العيون أو القلب...الخ ".[1]

فالطبيب المؤهل لأن يكون طبيبا عالما بالطب، أهلا له وفي موضع الثقة وعين الرضا بالنسبة لمرضاه بل وجميع الناس، لابد أن تتوافر فيه جملة من الشروط لممارسة مهنة الطب، وبالتالي توجب مسؤوليته في حالة خطئه . ولعل أهمها أن يحصل على ترخيص من الجهة المختصة التي قد تكون وزارة الصحة أو نقابة الأطباء أو المجلس الطبي. وهذا ما تضمنته المادة 197 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم : " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة ".[2]

وجدير بالذكر أنه لا يمكن تسليم هذه الرخصة إلا بناء على شروط أساسية أخرى لممارسة مهنة الطب، وفقا لما جاءت به المادة 197 من القانون رقم 85- 05 وهي:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراً في الطب أو جراح أسنان بالنسبة لطبيب الأسنان، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

ويعتبر هذا الشرط جوهريا وأساسيا، باعتباره يضع حدا فاصلا بين الطبيب الحاذق صاحب الكفاءة والخبرة، والطبيب المتطفل المتطاول على ممارسة هذه المهنة دون أي علم أو كفاءة أو خبرة.

- ألا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة: بحيث يجب أن يكون الطبيب سليم العقل، صحيح الأعضاء. فلا يكون مصابا بعاهة عقلية أو جسدية تتعارض ومهنته أو تمنعه من ممارسة مهنته بشكل سليم وصحيح.

---

[1] ابن القيم الجوزية: الطب النبوي، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص 05.
وانظر كتابه: زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرناؤوط، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، لبنان، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1422هـ/ 2001، ص 130.

[2] القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الصادر بتاريخ: 26 جمادى الأولى 1405هـ، الموافق لـ 16 فبراير 1985. ج.ر رقم 08، السنة 22، لسنة 1985.

- ألا يكون قد تعرّض لعقوبة مخلة بالشرف: ذلك أن مهنة الطبيب وكما سبق وأن أشرنا إلى ذلك مهنة عظيمة، تتطلب ممن يمارسها أن يكون في مستوى كبير من الأخلاق والفضائل، بعيدا عن كل ما يخدش شرفه أو عرضه.

- أن يكون جزائري الجنسية: ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي تبرمها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة حسب ما يراه ملائما وضروريا. ومفاد هذا الشرط أن يكون الطبيب الممارس لمهنة الطب في الجزائر جزائري الجنسية سواء كانت أصلية أم مكتسبة، وهذا راجع لتوافر أطباء جزائريين ذووا كفاءات عالية خاصة بعد مرحلة الاستقلال، مما يجعل الأولوية لهم في ممارسة الطب في بلدهم.

- يجب أن يؤدّي الطبيب المرخص له بممارسة مهنته اليمين أمام زملائه، حسب الكيفيات التي تُحدَّد عن طريق التنظيم، طبقا لما نصت عليه المادة 199 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

هذه باختصار مُجمل الشروط الواجب توافرها في الطبيب حتى يكون أهلا لممارسة مهنة الطب، ويصدُق عليه اسم الطبيب والتي نص عليها المشرع الجزائري. ونشير إلى أنه لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي إذا لم يكن حائزًا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها.[1]

إلا أن التساؤل يثور بشأن غير الأطباء ممن لهم ارتباط بمهنة الطب كالمساعدين الطبيين من الممرضين والقابلات وكذا بالنسبة لطلبة الطب وغيرهم، فهل يمكن تصنيف الأخطاء التي تقع منهم ضمن خانة الأخطاء الطبية واعتبارهم في هذا الشأن كالأطباء ؟ أم أن مستواهم وطبيعة عملهم تُجرّدُهم من وصف الطبيب، وبالتالي خطأهم لا يمكن مساءلتهم عنه بصفة شخصية أو تبعية ؟.

[1] أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، الطبعة الثانية، دار الكتب، مصر، 1407هـ/ 1987م. ص 54.
محمد المختار الشنقيطي: أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، 1999، ص 220، 447، 571.
زهير أحمد السباعي، محمد علي البار: الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، دمشق، 1961، ص 111.
قيس بن محمد بن مبارك آل الشيخ: التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفرابي، دمشق، 1412هـ/1991، ص 145.

إن طبيعة العمل المُناط بالمساعدين الطبيين وطلبة الطب ترسُم لهم وضعية قانونية خاصة. ففضلا عن الشروط الخاصة التي وضعها المشرع الجزائري لممارسة مهنة المساعد الطبي في نص المادة 217 من القانون 85- 05، نجد نص المادتين 221 التي تنص على أنه: " يُمارس المساعدون الطبيون أعمالهم باسم هويتهم القانونية وتسميتهم وحسب تأهيلهم في حدود اختصاصاتهم ".

وكذلك المادة 222 من نفس القانون: " يجب على المساعدين الطبيين أن يقوموا بما يأتي:

- يعملون في الحدود المضبوطة والمحددة تبعا لتأهيلهم.
- يقتصر تدخلهم على تنفيذ ما وصفه أو بيّنه الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي.
- يلجَئون فورا إلى تدخل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي إذا حدث خلال ممارستهم عملهم أو أوشكت أن تحصل مضاعفات لا يدخل علاجها في إطار الاختصاصات المسطرة لهم ".

يتضح من خلال المواد السابقة أن طبيعة عمل المساعدين الطبيين يكون تابعا لعمل الطبيب، وبالتالي فإن خطأهم يوجب مسؤولية الأطباء ما لم يكن خطأ شخصيا بعيدا عن تعليمات الطبيب أو مخالفا لها.[1]

أما بالنسبة لطلبة الطب فإن نص المادة 200 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها كان صريحا بنصه على أنه: " يسمح لطلبة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية، أن يُمارسوا تباعا الطب وجراحة الأسنان في المؤسسات الصحية العمومية تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين ".

وللوقوف أكثر على الوضعية الثانوية للمساعدين الطبيين وطلبة الطب وغيرهم وخط بهم المرتبط بمهنة الطب، فإننا سنتطرق لاحقا لمسؤولية الطبيب عن فعل غيره من الممرضين وطلبة الطب وغيرهم من المساعدين الطبيين[2].

[1] السيد عبد الوهاب عرفة: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 33.
لمزيد من التفصيل في هذا الشأن يراجع: أكرم محمود حسين البدو: المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص من 133 إلى 139.
[2] أنظر الصفحة 105 وما بعدها.

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

يجدر بنا التنبيه إلى أن تعبير الخطأ الطبي ينصرف لدى جمهور الشُرّاح وفقهاء القانون إلى الخطأ الذي يؤدي ثبوته إلى انعقاد مسؤولية الطبيب أو المسؤولية الطبية، [1] وبالتالي فالأصل أنه مرتبط بوصف الطبيب.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد راعى كثيرا هذا الشرط وألحّ عليه، بدليل قول رسول الله ρ: " من تطبّب و لم يعلم منه طب فهو ضامن "[2]. إذ نظرا لأهميته البالغة، فقد كان أول من بادر بوضعه هو الخليفة العباسي المقتدر بالله سنة 319 هـ، حيث منع سائر المتطبّبين من التصرف إلا مَن امتحَنه الطبيب سِنان بن ثابت بن قُرّة الحرّاني، الذي كان يمنح إجازة لمن يرضاه في عِلمه وعَمله من الأطباء. وقد أمر الخليفة مُحتسبه بأن يُراعي ذلك، فلا يأذن في العلاج إلا لمن يحمل إجازة من سنان بن ثابت فسبق الخليفة بذلك سائر الدول.[3]

البند الثاني:

ارتكاب الخطأ أثناء مزاولة المهنة

يشترط لمسؤولية الطبيب المدنية أن يكون ارتكاب الخطأ أثناء قيامه بمهنته كطبيب سواء في التشخيص أو التحاليل أو التخدير أو الجراحة أو غيرها من أنواع النشاط الطبي.

وبمعنى آخر إذا ما أصاب الطبيب الغير بضرر خطأ دون أن يتعلق ذلك بمهنة الطب، كما لو أصابه بسيارته أو أصابه وهو في نزهة صيد...، فإن الخطأ المنسوب إلى الطبيب في هذه الأحوال شأن أي خطأ يصدر من أي رجل عادي آخر. فالخطأ الصادر عن الطبيب في هذه الحالة غير مرتبط بمهنة الطب.

[1] محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 08.

[2] حديث حسن سبق تخريجه.

[3] محمد عطا السيد سيد أحمد: المرجع السابق، ص 182.

عبد الفتاح شوقي: تطور آداب مهنة الطب على مر التاريخ (مسؤولية الطبيب)، نشرة الطب الإسلامي، العدد الخامس (2081- 236)،1988، http://www.sehha.com mise à jour le: 22/04/2003.

محمد ناظم النسيمي: قواعد وآداب في مزاولة الطب في التراث الإسلامي، http://www.sehha.com. mise à jour le: 22/04/2003.

وعليه حتى يقوم الخطأ الطبي يجب أن يتعلق بمهنة الطبيب أثناء مزاولته إياها ، وهو غير الخطأ العادي الذي لا شأن له بأصول الفن في ذاته.[1]

البند الثالث:

ضرورة مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المخطئ

إن تحديد الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية يتطلب ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الظروف الظاهرة التي أحاطت بهذا الطبيب حتى أدّى ذلك إلى حدوث الخطأ.

فالنظر في توافر الخطأ الطبي يقتضي مراعاة الظروف الخارجية مثل زمان ومكان إجراء التدخل الطبي. فالطبيب الذي يجري عملية جراحية أو أيّ تدخل طبي في مكان بعيد عن المستشفى أو في عيادة طبية في منطقة نائية تفتقر إلى أدنى مستلزمات ووسائل العلاج والجراحة فضلا عن قلة الممرضين أو حتى الأطباء المساعدين، غير الطبيب الذي توافرت لديه هذه العوامل.

خلاصة القول أن من شروط تحقق الخطأ الطبي أن يُؤخذ بع ين الاعتبار الظّروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب عند مباشرته علاج المريض مثل مكان العلاج والإمكانيات المتاحة، حيث يختلف الأمر في مستشفى مزوُد بأحدث الآلات والأجهزة الطبية عنه في مستشفى آخر غير مزود بمثل هذه الإمكانيات. أو أن تكون الحالة الصحية للمريض خطرة جدا، وهو الأمر الذي يقتضي إجراء عملية جراحية له في مكان وجوده دون نقله إلى مستشفى أو عيادة.[2]

ونشير إلى أن الظروف الظاهرة أو الخارجية تنصرف إلى الظروف الداخلية الشخصية المتعلقة بالطبيب المخطئ[3]، وقد نبّه إلى هذه التفرقة كل من الأستاذ سليمان مرقس [4] والأستاذ سافاتيه

[1] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 240.

[2] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 398.
محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 154.
وانظر كذلك عدلي خليل: المرجع السابق، ص 179.

[3] بن صغير مراد: تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، العدد الثالث، سنة 2006، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان-، ص 120- 123.

[4] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني المرجع السابق، ص 219.
وسانده في ذلك كل من وديع فرج: المرجع السابق، ص 399 وما بعدها، وعبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 266.

Savatier[1]. وقد سبق وأن أشرنا إلى هذه الملاحظة المهمة سابقا فيما يتعلق ببيان معيار الخطأ الطبي.[2]

البند الرابع:
أن يكون خطأ الطبيب محققا ومتميزا

يعتبر هذا الشرط من أهم شروط قيام وتوافر الخطأ الطبي. إذ يشترط أن يكون خطأ الطبيب محققا وثابتا ومتميزا، بغضّ النظر عن طبيعته ودرجته.

وتفصيل ذلك كون الخطأ الطبي المنسوب للطبيب المسؤول خطأ ثابتا لا يتغير في جميع الأحوال[3] واضحا بصورة قاطعة لا احتمال فيها ولا لُبس [4]. إذ يجب على القاضي أن يتأكد من وجود الخطأ وأن يكون ثابتا لديه ثبوتا كافيا، وله الاستعانة برأي الخبراء للتحقيق من توافره [5]. وعليه فإن كل خطأ طبي من شأنه أن يُرتب مسؤولية الطبيب متى كان ثابتا على وجه التحقيق والقطع لا الشك والاحتمال.[6]

كما يشترط في الخطأ الطبي إضافة لصفتي الثبوت والوضوح أن يكون مؤكدا ومتميزا. إذ يقتضي الأمر أن يكون هذا الخطأ أكيدا [7]، ذلك أن الطب يبقى فنًا في ممارسته وفي خصوصياته ودقّته تبعًا لحالة كل مريض على حدة، إذ من المؤكد أن التقنية الطبية تزداد تطورا وتعقيدا ودقة يوما بعد يوم. وفي نفس الإطار نشير إلى أنه يكفي لقيام مسؤولية الطبيب أن يكون خطأه مميزا بحيث يمكن للقاضي أن يضع يده عليه[8] وهذا ما يستتبع أن يكون الخطأ أكيدا.

بقي أن نشير إلى أن ما يستدعي ضرورة توافر الخطأ الأكيد والمميز لقيام مسؤولية الطبيب، مردّه في الحقيقة إلى الخاصية التقنية الدقيقة للمجال الطبي من جهة، وإلى ما يثيره تقدير الأخطاء

---

[1] Savatier René : op.cit, p 278.

[2] انظر الصفحة 55 وما بعدها.

[3] أنور العمروسي: المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 12.

[4] شريف الطباخ: جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 20.

[5] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 75. موفق علي عبيد: المرجع السابق، ص 58. ضاري خليل محمود: المرجع السابق، ص 474.

[6] أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 35.

[7] Jean Penneau : Les fautes médicales, responsabilité civiles et assurances- éditions du Juris- Classeur, Hors-série, juillet - août 1999, Paris, p10.

[8] عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 121.

الطبية من صعوبات من جهة أخرى. لاسيما إذا سلّمنا بأن مسؤولية الطبيب لا تُبنى على الظّن والاحتمال، بل على خطأ ثابت ومحقق تحدّده الأصول العلمية المستقرة والراهنة لمهنة الطب.

إلا أن التساؤل يثور بشأن ماهية الأصول العلمية المستقرة لمهنة الطب ؟ وما تأثيرها في تحديد وتقدير الخطأ الطبي ؟ وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني:
الشروط المهنية

يقصد بالشروط المهنية تلك الشروط العلمية المرتبطة بمهنة الطب، أو بتعبير آخر هي تلك التي تتعلق بالممارسات الفنية للطب. ولعل من أهم هذه الشروط نجد شرط موافقة الأصول العلمية المستقرة لمهنة الطب من طرف الطبيب المعالج، والشرط الآخر هو بذله للعناية اللازمة واتخاذه الحيطة والحذر في تدخله.

البند الأول:
خروج الطبيب عن القواعد والأصول العلمية الطبية المستقرة

أكدت العديد من التشريعات الصحية في دول العالم، على ضرورة التزام الطبيب ببذل جهوده وفق للقواعد والأصول العلمية أثناء مزاولته لمهنة الطب، وإلا اعتبر مرتكبا لخطأ طبي يوجب مسؤوليته المدنية، ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط المطلوبة.

فقد أكدّ المشرع الجزائري [1] والأردني [2] والليبي [3] والسعودي [4] والفرنسي [5] مثلا على ضرورة مراعاة الأطباء لهذه القواعد والأصول في مزاولة مهنتهم. إلا أننا باستقراء هذه النصوص لم نع ثر على ما يبين لنا ماهية الأصول والقواعد الطبية الواجبة الإتباع.

فقد عرّفها جانب من الفقه بأنها: " تلك الأصول الثابتة والقواعد المتعارف عليها بين الأطباء نظريا وعلميا، والتي يجب أن يُلمَ بها الطبيب وقت قيامه بالعمل الطبي ".[6]

أو هي " تلك الأصول المستقرة التي لم تعد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن (الطب)، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا ".[7]

أما القضاء فقد عرفها بأنها: " الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم والتي تفرض الانتباه والحيطة والحذر[8] ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها مما يُنسب إلى عملهم أو فنّهم ".[9]

ومن ثم يُشترط لقيام الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية ألا يخرج الطبيب في إقدامه على أي تدخل طبي عن الأصول المستقرة لمهنة الطب ، وهي المبادئ والحقائق الثابتة والمتعارف عليها نظريا وعمليا بين الأطباء، وهي متغيرة بتغير الزمان وتقدم العلوم الطبية. كما تعتبر العلوم الحديثة أصولا طبية متى أقرتها المدارس الطبية المعتبرة، وأثبتت جدواها وشهد لها بذلك أهل الخبرة والعلم وأنها صالحة للتطبيق.[10]

---

[1] أنظر المواد(1، 18، 31، 45) من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 5 محرم 1413هـ الموافق لـ6 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر رقم 52 بتاريخ 1992/07/08.

[2] المادة الأولى من الدستور الطبي الأردني لسنة 1987.

[3] المادة 2/23 من القانون رقم 17 الصادر في 24/11/ 1986 المتعلق بالمسؤولية الطبية.

[4] المادة 26 من المرسوم الملكي رقم (م/59) المؤرخ في: 1426/11/04 هـ، والمتضمن نظام مزاولة المهن الصحية.

[5] المادة الثالثة من المرسوم الفرنسي رقم 95/1000 المؤرخ في 1995/09/06 المتضمن قانون أخلاقيات مهنة الطب.

[6] Mohammed Aboul-Ela Akida :La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, thèse, Lyon,1981, p109.

أحمد حسن الحياري: المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 109.

[7] عبد الحكم فودة: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية (دراسة تحليلية علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 74.

عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 824.

[8] قرار اللجنة الطبية الشرعية بالمدينة المنورة، رقم 2179 الصادر بتاريخ: 1420/05/30هـ.

قرار اللجنة الطبية الشرعية بالرياض، رقم 290 الصادر بتاريخ: 1401/04/27هـ.

مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 269.

محمد علي البار: المرجع السابق، ص 135.

[9] حكم محكمة مصر الابتدائية بتاريخ: 1942/10/03، منشور بمجلة المحاماة المصرية، العدد 55، السنة 26، ص 15.

حكم محكمة الاستئناف العليا بالكويت (دائرة التمييز) بتاريخ 1980/06/04 في الطعن رقم 100، 79/108 تجاري.

عامر أحمد القيسي: مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة عن التلقيح الاصطناعي (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 73، 74.

[10] Lalou. Henri: Traité pratique de la responsabilité civile, 5ème édition, Paris, 1955, p 323.

ونشير إلى أن الفقه قد تطلب ضرورة توافر شروط معينة في كل رأي أو نظرية أو أسلوب حديث في نطاق الأعمال الطبية حتى يُعد من قبيل المعطيات أو الأصول العلمية التي يترتب عن مخالفتها أو الخروج عنها قيام الخطأ وبالتالي مسؤولية الطبيب، وهي :

- أن يُعلَن عن أسلوب العلاج أو نوعه من قبل مدرسة طبية معترف بها، بعد استخدامه وإجراء تجارب بشأنه على الحيوانات.

- أن يكون قد مضى وقت كافٍ لإثبات كفاءة هذا الأسلوب أو النظرية من قِبل أهل الخبرة وصلاحية تطبيقها.

- إجراء التسجيل العلمي للأسلوب أو الطريقة العلاجية قبل استخدامها على الإنسان.[1]

وما يجدر التنويه به أن الشريعة الإسلامية قد راعت ضرورة التزام الأطباء بالأصول والقواعد العلمية في مزاولة مهنة الطب، وأن مخالفتها وخروجهم عنها أمر موجب للمسؤولية المهنية. حيث أشار الإمام بن القيم إلى اتفاق أهل العلم على ذلك، فقال: " وإن كان الخاتن عارفا بالصناعة وختن المولود في الزمن الذي يُختن فيه مثله وأعطى الصناعة حقها، لم يضمن سراية الجرح اتفاقا ".[2]

والجدير بالذكر أن هذه الأصول والقواعد العلمية الواجب مراعاتها وعدم الخروج عنها، تختلف وتتغير حسب طبيعة الأعمال الطبية المقدمة، والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين:

الفقرة الأولى:

مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 1997/1996، ص 275.

[1] أسامة عبد الله قايد: المرجع السابق، ص 160، 226.

[2] ابن القيم الجوزية: تحفة المودود بأحكام المولود، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون تاريخ، ص 153.
وانظر كتابيه : زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 127. والطب النبوي، المرجع السابق، ص 113.
موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 117، 122.

أعمال طبية ثابتة ومجمع عليها

هي الأعمال الطبية التي تُجرى وفقا للمبادئ الثابتة والمستقرة، والتي أصبح مسلمًا بها دون نقاش لأنها تجاوزت مرحلة الجدل والخلاف، وتعتبر من الأمور التي يجب أن يعرفها الطبيب. فالخروج عنها يشكل خطأً موجبا للمسؤولية.[1]

لذلك يجب على كل طبيب كما يقول الدكتور عبد السلام التونجي أن يُلمّ بما يعلمه كل طبيب آخر وأن يُطبق العلم كما يطبقه غيره من الأطباء، وأن لا يُحجِم عن مُجاراة التطور العلمي وعن التجديد والاستفادة من كل اكتشاف أو اختراع.[2]

الفقرة الثانية:

أعمال طبية لا تزال محلا للجدل العلمي ولم يقطع التطور العلمي الأمر بشأن صحتها وملاءمتها

إذا كانت الأعمال والمسائل الطبية محلا للمناقشة والبحث ولم يستقر عليها جمهور الأطباء، فإن الطبيب يكون في حِلٍ من المسؤولية إذا كان العمل مَحلّ نزاع بين التعاليم الطبية المختلفة [3]. وهذه المسائل الفنية لا شأن للقاضي فيها، وليس له أن يتدخل فيها برأي شخصي يُرجّح أسلوبا على أسلوب أو رأيا على رأي لأن ذلك ليس من اختصاصه.[4]

البند الثاني:

عدم بذل العناية اللازمة وعدم اتخاذ الحيطة والحذر

---

[1] عبد الرحمن الطحان: حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص 08.

[2] عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص 338.

[3] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 143، 144.
عبد الرحمن الطحان: المرجع السابق، ص 08.

[4] قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 1983/05/11، (ملف رقم 28312)، سلسلة قضائية (الاجتهاد القضائي)، قرارات المجلس الأعلى، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 53.

لاشك أن أهم التزام يقع على عاتق الطبيب أثناء قيامه بعمله الطبي هو بذله للعناية اللازمة في تقديم العلاج بكل يقظة وتبصر، مع اتخاذ واجب الحيطة والحذر، وهذا الواجب قد أكّدت عليه غالبية التشريعات الصحية.[1]

والعناية التي يلتزم الطبيب ببذلها والذي يعتبر مخطئا إذا قصر فيها ليست أية عناية كانت، وإنّما هي بحسب تعبير محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشّهير لعام 1936 هي: " العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة ".[2]

والمقصود ببذل العناية هو التزام الطبيب بأداء العمل المنوط به بجُهدٍ صادق ويقظة بحسب الظروف المحيطة بممارسة المهنة وقواعد الفن والأصول العلمية القائمة والمستقرة والثابتة في علم الطب.[3]

فالخطأ الطبي يتحقق إذا لم يبذل الطبيب العناية الوجدانية اليقظة وبوجه عام إذا لم يقم بواجباته تجاه المريض.[4]

أمّا واجب الحيطة والحذر فيظهر في مجال استخدام الطرق المختلفة للتشخيص والعلاج بصفة عامة، وما يتعلّق بها من فحوص وتحاليل وأجهزة وآلات [5]. وهذا الواجب لا يقتصر على الطرق المستقرة في المهنة، وإنّما يمتد إلى كل ما يستخدمه الطبيب في التّشخيص والعلاج ولو كان مبنيا على مجرد رأي أو نظرية محل جدل في المجال الطبّي.

---

[1] انظر المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب. والمادة 32 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي. والمادة 01 من الدستور الطبي الأردني. والمادة 23 من قانون مزاولة مهنة الطب البشري وطب الأسنان الكويتي لعام 1960م، المعدل والمتمم بقانون مزاولة الطب لعام 1981.

[2] Cass. 1er civ : 20 mai 1936.

Cass. 1er civ: 08 novembre 2000. Revue : contrats- concurrence- consommation, éditions du juris- classeur, janvier 2001, Paris, p 13.

[3] حميد السعدي، عامر عبيد المشاي: المسؤولية الطبية من الوجهة الجنائية، دار التضامن للطباعة والنشر، بيروت، بدون تاريخ، ص 93.

رزق الرشدان: الطب في الأردن خبرة ورأي، مكتبة الجامعة الأردنية، الأردن، بدون تاريخ، ص 106.

H. Benchabane : Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultats. Revu algérienne des sciences juridique et économique et politique, N° 04/1995, Alger, p 767.

[4] صاحب عبيد الفتلاوي: التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 162.

محمد هشام القاسم: المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، المرجع السابق، ص 87.

محمد هشام القاسم: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 13.

[5] مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 107.

فالطبيب مثلا يُسأل ليس فقط عن عدم إجراء الأشعة اللازمة، وإنّما كذلك عن عدم اكتشاف الكسر الذي تُسجّله نتيجة لعدم الحيطة في تفسيرها. كما يسأل عما تُحدثه جُرعة دواءٍ زائدة نتيجة لعدم أخذ سِنّ المريض وبُنية وقوة مقاومته ودرجة تحمّلِه في الاعتبار عند تقدير الجرعة ، حتى ولو كان استخدام الدواء في ظل حالة المريض مازال محل جدل بين العلماء.[1]

هذه في الجملة الشروط الواجب توافرها لقيام الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية الطبيب المدنية. لكن هل هذا يعني أن أي خطأ من الطبيب تتوافر فيه مثل هذه الشروط بصرف النظر عن طبيعة هذا الخطأ ونوعه ودرجته، إضافة إلى موقع الطبيب ودرجته العلمية وفئته ويقظته يستوجب مسؤوليته؟

إن هذا التساؤل يدفعنا للبحث في بيان درجة الخطأ الطبي ونوعه الموجب للمسؤولية المدنية وهو ما سنتناوله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:
أنواع الخطأ الطبي

مما لاشك فيه أن الخطأ كما سبق بيانه يقع كلما أتى الإنسان عملا ينبغي عليه أن يتحاشاه، أو بالعكس امتنع عن عمل كان يتعيّن عليه القيام به. وبناء عليه فالخطأ قد يكون في صورة فعل أو تصرف إيجابي، وقد يكون في صورة ترك أو امتناع.

وإنه ليتعذر حصر جميع حالات الخطأ التي تنطوي تحت مفهومه سواء كان إيجابيا أم سلبيا، إلا أن هناك صورا من الخطأ قد استقر الفقه على ذكرها وتجد تطبيقها في المجال الطبي. وسنحاول عرضها من خلال الفروع التالية.

وقبل تفصيل ذلك نشير إلى أن تحديد درجة خطأ الطبيب الذي تتحقق به مسؤوليته أمر في غاية الدقة، استدعى انتباه رجال القانون. ذلك أن العمل الطبي بسبب حساسيته وما يحيط به من

[1] عبد المنعم محمد داوود: المسؤولية القانونية للطبيب، مكتبة نشر الثقافة، الإسكندرية، 1988، ص 52 وما بعدها.

أخطار قد يستدعي الخروج عن القواعد العامة استثناءً لئلا يحِل الخوف من المسؤولية محلّ الإبداع، ولئلا تَضمحِل فكرة الإقدام والاكتشاف. من أجل هذا اختلف الرأي في تعيين درجة خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته، حيث ذهب بعض الفقه إلى وجوب التمييز في الأخطاء الصادرة عن الطبيب بين تلك الناجمة عن مزاولة العمل الطبي، وبين تلك الأخطاء العادية أو الغريبة عن العلم الطبي من ناحية، والتمييز بين الأخطاء البسيطة أو اليسيرة والأخرى المُعقّدة أو الجَسيمة من ناحية أخرى، وهكذا التمييز بين الأخطاء الفردية وأخطاء الفريق الطبي، وغير ذلك.

الفرع الأول:
الخطأ العادي (المادي) والخطأ المهني (الفني)

لاشك أن الأعمال الطبية تختلف من حيث طبيعتها بين أعمال طبيّة عادية (مادية) لا تتعلق بأصول الطب وقواعده ودقيق مسائله، وأخرى فنيّة (مهنية) ترتبط بالقواعد المستقرة لمهنة الطب وأصوله.

وقد كان الفقه يُفرق بين الأخطاء الناجمة عن الأعمال المادية التي يقوم بها الطبيب والأخرى الناتجة عن الأعمال الفنية سواء من حيث طبيعتها أو حتى من حيث طبيعة المسؤولية المترتبة عنها.

حيث حاول الفقيه الفرنسي ديمولوب Demolombe[1] الجمع بين رأيين سابقين ممن يتبنّى فكرة عدم مسؤولية الطبيب بحُجة أنه يشترط أن يكون الفعل الذي ترتبت عنه المسؤولية أمكن تقديره على وجه التحقيق، وقابلا للجزم بثبوت وصفِ الخطأ من غير شكٍ، وهذا مما لا يُتصور توافره في الأعمال العلاجية. وبين الرأي الثاني الذي يرى بمسؤولية الطبيب مطلقا مستندا إلى عموم نص المادتين 1382، 1383 من القانون المدني الفرنسي، والذي يجعل كل شخص مسؤولا عن

[1] Demolombe : Les contrats (cour de code Napoléon), Tome 31, 2eme Ed, Paris, 1882, p 473.
مشار إليه عند: سليمان مرقس: مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، العدد الأول، (ذو القعدة 1355هـ/يناير1937م)، مصر، ص 157.

الضرر الذي يترتب على أي خطأ أو إهمالٍ منه، ولم يَرِد فيهما ما يفيد استثناء الأطباء أو غيرهم من الأحكام الواردة في تلك النصوص.

وقد قال الفقيه ديمولوب بضرورة التفرقة في مسؤولية الطبيب بين نوعين من الأعمال.

البند الأول:

الأعمال (الأخطاء) المادية (العادية)

وهي الأعمال أو الأخطاء التي تصدر من الطبيب أو أي شخص آخر، ولا شأن فيها لصفة الطبيب[1]. ويمكن للقاضي الوقوف عليها وتقديرها دون اللجوء إلى أهل الطب ودون النظر إلى صفة من يقوم بها. ومن أمثلة الخطأ العادي الكثيرة نجد الإهمال في تخدير المريض، أو تهوّر الطبيب وتعرّضه للمريض بالسبّ والشتم أو الإهانة والتحقير. كذلك لو قام بإجراء عملية جراحية ويده مصابة مما يعيقها ويجعلها غير قادرة عن الحركة، أو إجرائه لعملية جراحية على الرِّجل اليُسرى بدلا من اليمنى، أو نسيانه قطعة الشاش (القماش) أو آلة من الآلات الجراحية في جسم المريض[2]، أو شروعه في إجراء العملية على المريض الذي لم يوضَع ولم يُثبّت بشكل سليم وصحيح على سرير الجراحة مما أدى إلى سقوطه، أو استخدامه في الجراحة لأدوات غير معقمة... وغيرها من الأخطاء العادية الكثيرة.

وعليه فالخطأ العادي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها الطبيب الذي ينسب إليه الخطأ، لذلك فهو عبارة عن عمل غير مشروع أو غير مباح، يخضع للقواعد العامة المعمول بها في هذا الشأن.

---

[1] أسعد عبيد عزيز الجميلي : الخطأ في مسؤولية الطبيب المدنية - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية القانون- جامعة بغداد، 1991، ص 140.
محمد سليمان فلاح الرشيدي: نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية - دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، مصر، 1998، ص 335.
ولتفصيل أكثر يراجع: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية - دراسة قانونية مقارنة-، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 26- 30.

[2] قرار مجلس قضاء تلمسان بتاريخ: 1992/01/19 قضية (ف.ج) ضد (مستشفى تلمسان) قرار غير منشور. وتعود حيثيات القضية أن المريضة (ف.ج) أجرت عملية ولادة بتاريخ 1983/04/01 بمستشفى تلمسان، وبقيت تعاني ألاما في مهبل الرحم. ولما قامت بفحوص ستوغرافية اتضح وجود جسم غريب، أجريت على إثرها عملية جراحية بتاريخ 1986/03/20 حيث وجدت إبرة بمهبلها منذ عملية الولادة. فرفعت دعوى ضد المستشفى وحكمت لها الغرفة الإدارية بالمجلس بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها.

وحيث أن هذا الخطأ لا يتصل بالمهنة الطبية حتى ولو ارتكبه الطبيب أثناء مزاولة تلك المهنة، فقد آثر البعض تسميته بالخطأ المادي. في حين أطلق عليه البعض الآخر اسم الخطأ الواضح.[1]

البند الثاني:

الأعمال (الأخطاء) الفنية (المهنية)

ويُقصد بالأعمال الفنية أو المهنية تلك التي تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب، إذ تكون لصيقة بصفة الطبيب ولا يُتصور صدورها من غير الطبيب.[2]

وقد سبق لنا أن أشرنا إلى مفهوم الخطأ المهني أثناء حديثنا عن مفهوم الخطأ الطبي[3]. ويكفينا أن نقول أن الخطأ المهني هو الخطأ الذي يرتكبه أصحاب مهنة الطب أثناء ممارستهم لمهنتهم، فيخرجون بها عن السلوك المألوف طبقا للأصول الثابتة وهذا الخطأ ينجم عن الإخلال بأصول المهنة وقواعدها المتعارف عليها.[4]

ويتضح مما سبق بيانه أن الخطأ المهني هو ما ارتبط بالمجال الطبي كأخطاء التشخيص، إذ قضت محكمة باريس بإدانة الطبيب الذي حدد على أساس التشخيص حالة المرض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان معدة، بأنه يمثل خطأ مهنيا.[5]

كما أدان القضاء الفرنسي كذلك الطبيب الذي أخطأ في التشخيص بسبب عدم استعماله الأشعة والفحص الكهربائي، إذ جرى العمل على استخدام مثل هذه الوسائل في هذه الحالة المعروضة عليه.[6]

---

[1] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: المرجع السابق، ص 27.
[2] ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي: المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة، المرجع السابق، ص 175.
إبراهيم بن صالح اللحيدان: مسؤولية الصيدلي عن أخطائه المهنية وعقوباته في النظامين السعودي والمصري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص 128، 148.
وانظر: رؤوف عبيد: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، مجلة مصر المعاصرة، السنة الخامسة، العدد 299، مصر، ص 27 وما بعدها.
[3] أنظر الصفحة 22 وما بعدها.
[4] منصور عمر المعايطة: المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، مركز الدراسات والبحوث - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 48.
محمد بشير شريم: المرجع السابق، ص 159، 161.
[5] Trib. civ. La seine : 20/02/1946. D. 1946 - 12.
[6] Trib. Lille : 30/07/1952. D. 1953 - 32
Civ : 11/12/1965 et 07/03/1966. D 1966 - 453.

ومن أمثلة الأخطاء الفنية (المهنية) في العلاج ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من تقرير لمسؤولية الطبيب نتيجة لخطأ في الفحوصات وعدم تبصر منه في إعطاء العلاج المناسب، حيث وصف للمريض علاجا خاطئا أدى إلى تسمّمه.[1]

ومن التطبيقات القضائية الجزائرية فيما يتعلق بالأخطاء الفنية ما قضت به المحكمة العليا بثبوت مسؤولية الطبيب الذي أمر بتجريع دواء غير ملائم لمريضته التي كانت تعاني سابقا من مرض لا يتحمل هذا الدواء، مما جعل الطبيب مهملا ومخطئا.[2]

فهذه المسائل وغيرها كلها ذات طابع مهني لا يختص بها إلا الأطباء ولا يتساوون فيها مع بقية الناس، إذ أن الخطأ الناتج عن مثل هذه الأعمال يسمى بالخطأ الفني أو المهني.

والأمثلة على ذلك كثيرة، إذ أن مخالفة المبادئ الأساسية في علم الطب، والحقائق الثابتة والمسلمات العلمية المعترف بها والتي تمثل إجماعا بين أهل المهنة يُعد خطأ فنيا أو مهنيا يستوجب المسؤولية.[3]

وقد حظي تقسيم الفقيه ديمولوب بتأييد واسع لدى الفقه، حيث تبعه في ذلك العديد من الشُرّاح[4] أمثال سافاتييه **Savatier**، والفقيه لالو **Lalou**. كما أن القضاء الفرنسي [5] والمصري[6] والمصري[6] استقر أول الأمر على هذه التفرقة.

إن هذا التقسيم بين ما يُعتبر من الأخطاء العادية وبين ما يُعتبر من الأخطاء المهنية الفنية، وإن بدا واضحا في بعض الأحوال ومرتكزا على كثير من المعطيات المنطقية الصحيحة [7]، فإنه يزداد صعوبة وتعقيدا في أحيان أخرى.

---

[1] Cass. 1er civ : R, 08/12/1987 - Ferrand et autres.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات: 1995/05/30، ملف رقم 118720، م.ق، العدد 02، 1996، ص 179 وما بعدها.

[3] عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 1412.
محمد وهيبة: شرح النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثالثة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 1947، ص 372، 373.

[4] Savatier René : op. cit p 365. Lallou Henri: op. cit, p 327.

[5] Trib. La seine : 14/12/1920 - D.p 1921 - 2 - 27.
Trib. Oran : 20/01/1921 - D.p 1922 - 5 - 15.

[6] استئناف مختلط: 1911/02/15، مجموعة التشريع والقضاء المختلطة، السنة الثالثة والعشرون، مصر، ص 183.
استئناف مختلط: 1936/11/19، مجوعة التشريع والقضاء المختلطة، السنة التاسعة والأربعون، مصر، ص 19.

[7] رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 176.
وفاء حلمي: المرجع السابق، ص 45.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق: ص 141.

ذلك أن الطبيب الذي يشخّص حالة المريض وهو في حالة سكر يرتكب خطأ ماديا يسأل عنه. أما الطبيب الذي يخطئ في تشخيص المرض أو في وصف الدواء فإنه بلا شك يرتكب خطأ فنيا.

بيد أن هذه التفرقة تبدو صعبة ودقيقة إذا باشر الطبيب عملية جراحية خطيرة لغرض غير جراحي، كأن يباشرها لمجرد إزالة عيوب طبيعية لا أثر لها إطلاقا على حياة المريض. فإذا كانت بعض المحاكم في فرنسا قد اعتبرته خطأ عاديا إلا أن ذلك لا يمنع من اعتباره من قبيل الأعمال الفنية التي لا يسأل عنها الطبيب.[1]

إن هذا التقسيم وإن كان يبدو بعيدا عن الواقع في تصوّره ، نظرا لطبيعة الأخطاء الصادرة من الطبيب، فإنه مما يزيدنا اقتناعا مع ذلك باستبعاده عدم وجود أي نص تشريعي يسمح بالأخذ به. إذ أن النصوص المتعلقة بالمسؤولية جاءت عامة ولم تفرّق من ناحية الخطأ بين درجاته اليسير منه والجسيم، ولا من ناحية المخطئين بين الفنيّين وغير الفنيين.

ويرى الفقه في انتقاده لهذه التفرقة أن التمييز بين الخطأ العادي والخطأ الفني في مزاولة المهنة، فوق أنه دقيق في بعض الحالات لا مُبرِر له. وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيّين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة، فإن المريض أو غيره من العُملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية. والواجب اعتبار الرجل الفني مسؤولا عن خطئه المهني كمسؤوليته عن خطئه العادي ، فيسأل عن هذا وذاك حتى ولو كان يسيرا[2]. وعلى هذا استقر القضاء الفرنسي [3] والمصري[4] والسوري[5] والليبي[6] والإماراتي[7] و الجزائري[1].

---

[1] محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، المرجع السابق، ص 95، 96.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 823. عاطف النقيب: المرجع السابق، ص 248.

Emile Arrighi de Casanova : op.cit, p 38, 39.

Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 53. ou il dit : « Toute faute et non seulement la faute inexcusable - engage la responsabilité du médecin ».

[3] Cass. civ : 30/10/1963 - D. 1964 - 81.

Cass. civ : 20/05/1936. Responsabilité Civile et assurance, Edition du Juris - classeur-, hors - série, (juillet - août 1999), Paris, p 07.

[4] محكمة الإسكندرية الوطنية: 1943/12/30، مجموعة المحاماة، السنة الرابعة والعشرون، رقم 35، مصر، ص 78.

نقض مدني مصري: 1968/12/21، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة الثانية والعشرون، رقم 179، ص 1062. حيث قضى بأن :" الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي وفقا لمعيار الخطأ المهني، كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت درجة جسامته."

[5] نقض مدني سوري: 1974/02/09، مجلة المحامون، 1974، سوريا، ص 38.

نقض مدني سوري: 1975/03/03، مجلة المحامون، 1975، سوريا، ص 383.

[6] محكمة بنغازي الابتدائية، دائرة الجنح والمخالفات المستأنفة: 1986/11/17، قضية رقم 86/445م.

محكمة مصراتة الجزئية، دائرة الجنح والمخالفات: 1990/12/30، جنحة رقم 90/151م، مصراتة.

[7] نقض إماراتي: 1991/02/27، مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الجزائية، السنة الثالثة عشر، الإمارات العربية المتحدة، ص 82.

خلاصة القول في هذه المسألة أننا نؤيّد هذا الرأي، ونرى بعدم جدوى التفرقة بين الأخطاء العادية والأخطاء الفنية للطبيب متى كانت ثابتة ومحققة وواضحة. وإن كنّا لا نجد تبريرا للأسباب التي دعت المشرع الجزائري إلى تحديد الأخطاء أو الأعمال بأن تكون مهنية [2] إلا تفسيرا واحدا، كون كل خطأ يصدر من الطبيب أثناء مباشرته للعلاج ينطوي حتما على ناحية مهنية، بحيث لا يمكن فصله عن عمله الفني[3] أو وصفه بأنه خطأ عادي كمثل ذلك الذي يصدر عن عموم الناس.

لذلك فكل خطأ طبي يعتبر خطأ مهنيا، وأكبر دليل على ذلك أن أنصار التفرقة أنفسهم يقررون بأنه عند تقدير الخطأ العادي الصادر من الطبيب لا يمكن أن يُغضّ الطرف عن صفة من ارتكبه.[4]

الفرع الثاني:
الخطأ العمدي والخطأ غير العمدي

إذا كانت النظرية التقليدية في ترتيبها لمصادر الالتزام تفرق بين الجُرم Délit وشبه الجرم quasi-délit، وبالتالي بين الخطأ العمد وخطأ الإهمال (غير العمد). فإن التقنين المدني الفرنسي قد نبذ هذه التفرقة وساوى في نصوصه بين الجرائم وأشباه الجرائم، مرتبا عليها جميعا وجوب التعويض الكامل عن كل ما ينشأ عنها من ضرر.

وقد سارت على هذا النهج معظم التشريعات الحديثة، كما أكد بعض الشُرّاح أن هذه التفرقة صارت عديمة الفائدة ولا محل للإبقاء عليها.

غير أن الواقع ولاسيما في المجال الطبي يوحي بوجود بعض النتائج العملية التي لا يُستهان بها لهذه التفرقة[5]، لذلك ينبغي علينا توضيح كل من الخطأ العمدي وغير العمدي.

---

[1] قرار مجلس قضاء قسنطينة، الغرفة الإدارية: 1988/02/03، قضية (م.أ) ضد مستشفى سطيف، قرار غير منشور.
[2] تنص المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب على أن:" الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به...".
[3] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 154.
Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, L.G.D.J, Paris, 1973, p 130.
[4] حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، السنة الثانية والعشرون، (يناير ويوليو 1980)، مصر، ص 78.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 137.
[5] لتفصيل أكثر حول هذه النتائج يراجع: سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 255 - 259. ومؤلفه: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية: المرجع السابق، ص 250 - 252.

البند الأول:

الخطأ العمدي

لم يُعرف القانون الخطأ العمدي، إلا أن الفقه لم يجد صعوبة في تعريفه بقوله: " اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر فيما يُقدم عليه من الإخلال بواجب قانوني ".[1]

ويمكن أن نحدد مفهوم الخطأ العمدي بأنه إخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير، إذ لابد فيه من فعل أو امتناع يعد خطأ أي إخلالا بواجب قانوني. ولابد من أن يكون ذلك الخطأ مصحوبا بقصد ونية الإضرار بالغير، أي اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، ولا يكفي اتجاهها إلى ارتكاب الفعل في ذاته إذا لم تتجه إلى إحداث نتائجه الضارة.

ولاشك أن الخطأ العمد بهذا المفهوم يماثل الغش Dolus في القانون الروماني، فهو يكشف عمّا يكون لدى المسؤول من خُبثٍ في فعله أو مِمن قصد الإيذاء بالغير أو الرغبة في إلحاق الضرر به، ولو لم يكن ما تحقق من نتيجة هو الهدف الأساسي فيما يفعل، وإنما كان أحد الأهداف التي يسعى إليها.[2] وتبعا لذلك فإن انعدام التمييز يفقد الخطأ صفة العمد، وعليه فالصبي غير المُميز والمجنون وفاقد الإدراك لسببٍ غير مقصود لا يمكن أن يُنسب إليهم الخطأ العمدي.[3]

هذا وقد اختلف الفقه في شأن المعيار الذي يقاس به الخطأ العمدي، بين من يرى بالمعيار الموضوعي المجرد[4] وبين من يقول بالمعيار الشخصي الذاتي.[5]

في حين ذهب رأي ثالث إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين ، قائلا بأن الخطأ العمدي يُقدر تقديرا موضوعيا وشخصيا باعتبار أنه يتكون من عنصرين: أحدهما مادي وهو الإخلال بواجب

محمد صلاح الدين حلمي: المرجع السابق، ص 286. إسماعيل غانم: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 420 وما بعدها.

[1] محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1987، ص 487. أنور العمروسي: المرجع السابق، ص 20.

[2] عبد الحكم فوده: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص 14.

[3] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 143.

[4] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 785. حيث يقول:" ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدي الإهمال أو التقصير ففي الخطأ العمدي أيضا يطبق المقياس المجرد".

[5] أحمد حشمت أبو ستيت: المرجع السابق، ص 409.

قانوني، والآخر نفسي وهو قصد الإضرار. وأن الأول يقتضي تعيين مدى الواجب القانوني الذي حصل الإخلال به وفقا للمعيار الموضوعي، والثاني لا يكون تقديره إلا شخصيا.[1]

ويبدو لنا أن الرأي الأول هو الأولى بالقبول، ذلك أن التعرّف على حقيقة القصد من عدمه لا تظهر أهميته إلا في الخطأ الجنائي، أما الخطأ المدني فيكفي نسبته إلى المسؤول. إضافة إلى أنه من المبادئ القانونية المسلم بها افتراض حسن النية حتى يثبت عكس ذلك، وعليه فإن الدائن أو المضرور هو المكلف بإثبات قصد المسؤول. كما نجد كذلك نص المادة 124 من القانون المدني لا تفرق في إيجاب التعويض الكامل على المسؤول سواء كان الخطأ عمدا أو غير عمد، عدا ما استثناه القانون في نطاق المسؤولية العقدية عن الغش والخطأ الجسيم.[2] والاستثناء عادة لا يُتوسع في تفسيره. لذلك فإننا نرجّح أن يقاس الخطأ العمدي وفقا للمعيار الموضوعي المجرد عن الظروف الذاتية، لتعلق الأثر بالتعويض المدني البعيد عن صفة العقوبة.

وجدير بنا أن نشير إلى بعض التطبيقات العملية للخطأ العمدي في المجال الطبي ومنها:

الفقرة الأولى:

قتل المرضى الميئوس من شفائهم – Euthanasie

ثار نقاش وجدل واسع قديما وحديثا بين رجال الدين والاجتماع والقانون والطب، حول مدى جواز قتل المرضى غير القابلين للشفاء أو الميئوس من حالتهم أو ما يُعرف بقتل الرحمة Euthanasie.

ويُعرف القتل بدافع الشفقة أو إنهاء الحياة إشفاقا أو موت الإراحة بأنه ذلك الموت الرحيم الذي يخلص مريضا لا يرجى شفاؤه من آلامه.[3] فالطبيب الذي يجد أن المريض ميئوس من شفائه ومآله إلى الموت ولو بعد عذاب طويل أو قصير، فيُعطيه جُرعة قوية من مادة سامة، أو ما يقتله بأية

[1] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 254.
[2] تنص المادة 2/182 من القانون المدني:" غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".
[3] عبد الوهاب حومد: المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني: السنة الخامسة (شعبان 1401هـ/يونيو 1981م)، الكويت، ص 176، 177.

طريقة أخرى تخليصا له من هذا العذاب، ولو كان ذلك بناء على طلب المريض ذاته يعتبر قاتلا عمدا سواء من وجهة النظر الأخلاقية أو القانونية في كثير من التشريعات [1]، ذلك أن القانون يمنع الاعتداء على الحياة البشرية فهي مقدسة، ولا يصحّ المساس بها حتى في أشدّ حالات البؤس الأدبية والجسمية. وإذا كان الأصل أن التعجيل بموت المريض تخليصا له من آلامه يُعد فعلا معاقبا عليه شرعا وقانونا، [2] لاسيما في تشريعات الدول الإسلامية ، إلا أن هذا الحكم يفترض من جانب أول وجود حياة طبيعية يعاني صاحبها من جانب ثان من آلام مُبْرِحَة ناتجة عن مرضٍ غير قابل للشفاء حاليا. وإذا كان هذا الحكم واضحا ومقبولا فيما يتعلق بالفعل الإيجابي للقتل، كإعطاء المريض جرعة أو حقنه بمواد سامة أو غير ذلك، فإن الإشكال يثور بشأن الفعل السلبي للقتل، ممثلا في الامتناع عن تقديم الواجب لحفظ وبقاء حياة هذا المريض أو قطع إمدادات العلاج أو بالأحرى إمدادات إطالة الحياة عن المريض وهو ما يعرف بإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي ؟.

لاشك أن الإنعاش الصناعي سواء بتركيب أجهزته على مريض معين أو إيقاف عملها ، كنموذج للأعمال الطبية التي يمكن أن يتأرجح حُكمها بين القبول والرفض ، وبين الإباحة والتحريم. بحسب ما إذا كان الهدف منها حفظ حياة قائمة أو إطالة موت ثابت. [3]

والجدير بالذكر أن محل الخلاف ليس في حكم رفع هذه الأجهزة وإيقافها عمن تحقّق الوفاة لديه شرعا وطبا ويئسوا من تحسّن حالته، بل هناك إجماع على جواز رفع الأجهزة عن من هو بهذه الحالة. [4]

---

[1] محمد فائق الجوهري: المرجع السابق، ص 311 - 315.

[2] لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع: انظر عبد الوهاب حومد: حول قتل الرحمة، مجلة عالم الفكر، العدد الثالث (أكتوبر، ديسمبر 1973)، الكويت، ص 641 - 666.

[3] أحمد شرف الدين: الحدود الإنسانية والشرعية والقانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (شعبان 1401هـ/ يونيو1981م)، الكويت، ص 104.
أحمد جلال الجوهري: الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية والإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (شعبان 1401هـ/يونيو 1981م)، الكويت، ص 125.

[4] محمد بن ناصر محمد المسعد: المرجع السابق، ص 269.
انظر: قرار هيئة كبار العلماء السعودية رقم 190، الصادر في الدورة التاسعة والأربعين المنعقدة في الطائف بتاريخ 1419/04/06هـ. عن حكم تنفيذ إجراءات الإنعاش.
قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم 17 (3/5)، الصادر في الدورة الثالثة المنعقدة بعمان (الأردن) بتاريخ 1407/02/13هـ عن أجهزة الإنعاش.
قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي رقم 02، الصادر في الدورة العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 1408/08/24هـ عن أجهزة الإنعاش.

وإنما موطن الخلاف متى يحكم بموت الإنسان ؟ ومن ثم يجوز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي.

اختلف الفقه الإسلامي الحديث وانقسم إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى بأن الحكم بموت الشخص إنما يكون بموت مُخه، ولو بقي القلب ينبض والرئتان تتنفّسان [1]. وقد أكدّ هذا الرأي تقرير لوزارة الصحة السعودية مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الذي أشار إلى أن موت الدماغ النهائي هو مؤشر على أن سير المصاب نحو الوفاة قد وصل إلى نقطة لا عودة بعدها. حيث شملت الدراسة ما يربو على الألف مصاب لم تفصل عنهم أجهزة التنفس، إلى حين توقف القلب لدى الجميع دون استثناء، خلال عدة أيام عقب تلف الدماغ. مما يدل على أن التلف النهائي للدماغ يعني نهاية الحياة.[2]

واستدلوا على ذلك أن المريض ولو توقف قلبه ورئتَيْه عن العمل (الموت الإكلينيكي) ببضع دقائق قليلة قبل موت مخه، يُعد من الأحياء، ويتعين من ثم إنقاذه حتى لا تموت خلايا مُخّه.[3]

الرأي الثاني: يرى هذا الجانب من الفقه أن موت المخ أو الدماغ ليس أمارة ولا يمكن بأي حال أن يكون دليلا على وفاة الإنسان. [4] معتبرين أن هذه المسألة محل خلاف بين الأطباء، وأن

انظر كذلك: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (المفتي العام للمملكة العربية السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء ورئيس اللجنة الدائمة للإفتاء بالسعودية ورئيس المجمع الفقهي الإسلامي): مجموع فتاوى ومقالات متنوعة، جمع وترتيب وإشراف د محمد بن سعد الشويعر، الجزء الثالث عشر، الطبعة الثانية، دار أصداء المجتمع، السعودية، 1421هـ، ص 366، 367.

[1] محمد المختار السلامي: الإنعاش الصناعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، جدة، بدون تاريخ، ص 483، 484.

محمد علي البار: أجهزة الإنعاش، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني، الجزء الأول، جدة، بدون تاريخ، ص 444، 445.

عصام الدين الشربيني: الموت والحياة بين الأطباء والفقهاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1408هـ ص 586.

[2] تقرير وزارة الصحة بالمملكة العربية السعودية بعنوان:" موت الدماغ"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1408هـ، ص 740.

وقد أفتى بهذا الرأي كل من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمجمع الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في القرارين السابقين ذكرهما.انظر الصفحة السابقة.

وكذلك دار الإفتاء المصرية: الفتاوى الإسلامية، المجلد العاشر،(الفتوى الصادرة بتاريخ 1979/12/05)، مصر، بدون تاريخ، ص 3714.

[3] أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، ضمن أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الأول عن الطب الإسلامي، نشرة الطب الإسلامي، العدد الأول، (الطبعة الثانية)، ربيع الأول 1410هـ/يناير1981م، الكويت، ص 576.

أحمد شوقي إبراهيم: نهاية الحياة البشرية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1408هـ، ص 603.

[4] عبد العزيز بن عبد الله بن باز: المرجع السابق، ص 366.

وانظر كتابه: الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، دار ابن الأثير، الرياض، 1426هـ/2005م، ص 44.

بكر بن عبد الله أبو زيد: أجهزة الإنعاش وحقيقة الوفاة بين الفقهاء والأطباء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1408هـ، ص 539- 541.

وانظر: قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية رقم 190، السابق ذكره.

علامتها أو جُلها ظنية و لم تكتسب اليقين بعد. وأن قاعدة الشّرع في ذلك أن اليقين لا يزول بالشك.[1]

لذلك اشترطوا اليقين والتأكد الذي لا يساوِرُه شك في فقدان الجسم للحياة، فإن كان هناك أدنى ريبة تُرك الجسد حتى تتغير رائحته وينتفي معه أي شك في الموت، وهذا ما هو عليه إجماع الفقهاء من لدن الصدر الأول إلى اليوم.[2]

كما استدلوا على قولهم بأن العلم مهما تقدم وتطور وقال اليوم أنه بموت خلايا المخ يموت الإنسان، فإن العلم غدا قد يثبت خطأ ذلك الزعم، وأن خلايا المخ قد تستعيد قدرتها على العمل بعد حين أو بعقاقير قد تكتشف في الغد القريب.[3]

وخلاصة القول في هذه المسألة أن الفقهاء متفقون على أنه إذا كان الغرض من الإنعاش الصناعي أو أدوات الرعاية الطبية المركزة، هو إنقاذ الأرواح التي يتعرض أصحابها لأزمات وقتية، حتى لا تموت خلايا المخ عن طريق تزويدها بالدم والأكسجين اللذين تتوقف عليهما حياتها. أي بمعنى ضمان استمرارها في أداء وظائفها الأساسية، فإن هذا جائز شرعا.

ذلك أن استمرار حياة المريض في هذه الحالة (أي المرحلة بين الموت الإكلينيكي وموت خلايا المخ والتي لا تستغرق غير بضع دقائق) لا يُعد من قبيل إعادة الحياة إليه لأنه مازال حيا في حكم الشّرع، حتى ولو كانت بعض مقومات حياته قد توقفت عن العمل التلقائي. فلا يجوز شرعا للطبيب أن يفصل هذه الأجهزة وإلا تسبب في موت المريض موتا حقيقيا لا رجعة فيه، ويسأل الطبيب عن خطئه هذا مسؤولية مدنية وجنائية باعتباره خطأ عمديا.[4]

---

[1] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ، ص 50.
انظر كذلك: بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطابع الفرزدق، الرياض، 1409هـ،ص 231، 232.

[2] محمد سعيد رمضان البوطي: انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، جدة، ص 206، 207.
توفيق الواعي: حقيقة الموت والحياة في القرآن والأحكام الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، الجزء الثاني، جدة، 1408هـ، ص 710.

[3] مصطفى محمد الذهبي: نقل الأعضاء بين الطب والدين، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1414هـ، ص 111.
محمود كامل البوز: قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (شعبان 1401هـ/يونيو 1981م)، الكويت، ص 206.

[4] محمد أبو زهرة: مسؤولية الأطباء، مجلة لواء الإسلام، العدد الثاني عشر، السنة الثانية، مصر، ص 53.
عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار التراث العربي، القاهرة، 1977، ص 520.

الفقرة الثانية:

التجارب الطبية بغير قصد العلاج

التجارب العلمية الطبية هي التجارب التي يُقصد بها تحقيق فائدة علمية أو فنية، والتي تجرى على الشخص سليما كان أو مريضا دون ضرورة تمليها حالته.[1]

ولما كان مثل إجراء هذه التجارب ضروري لتطور وتقدم العلوم الطبية، إلا أنه ومع ذلك يجب على الطبيب القائم بهذه التجارب أن يكون هدفه شفاء المريض أو التخفيف من آلامه. أما أن يقوم بتجارب جديدة وخطيرة لمجرد الفضول العلمي أو لمجرد الشهرة فإن ذلك لا يمكن قبوله وإجازته.[2]

لذلك فإن إباحة التجارب الطبية والعلمية على الإنسان لابد أن تتقيد وتخضع لمجموعة من الشروط والضوابط[3]، يجب التأكد مسبقا من تحققها قبل إجراء أي تجربة وهي تتمثل فيما يلي:

- **أولا:** ضرورة خضوع التجربة للرضا الحر المتبصر للمريض، وهذا ما أكدته المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: " يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة ".

- **ثانيا:** أن تجرى التجربة العلمية على المريض المتمتع بالأهلية طبقا للقواعد العامة في القانون المدني – مادامت المادة 168 لم تحدد السن القانونية للموافقة على مثل هذه التجارب –، وعند انعدام الأهلية تخضع هذه التجارب لموافقة الممثل الشرعي للمريض.

- **ثالثا:** ضرورة أن تكون أخطار التجارب العلمية الطبية على المريض مقبولة، بمعنى أن تتناسب مع مقدار المنفعة المنتظرة من هذه التجربة.[4]

بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، رقم 1993/03، Volume XXXI ، الجزائر، ص 569.

[1] مروك نصر الدين: الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 334.

[2] Georges Boyer Chammard et Paul Monzein : op.cit, p 198.

منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 246.

[3] تنص المادة 2/168 من القانون رقم 90-17 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو 1990م، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على :" يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي".

[4] Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op.cit, p 41.

لذلك يتعين التشدّد أكثر في مواجهة الطبيب أو القائم على التجربة سواء من الناحية الأخلاقية أو من الناحية القانونية. فالمريض هنا يتحمل عبئ التجربة العلاجية في جزء منها ، مساهمةً منه في دفع التطور العلمي ومراعاة المصلحة العامة.

وبناء عليه فإن واجب الطبيب هنا بذل الحرص واليقظة المطلقين، وبالتالي فإن الطبيب القائم بالتجربة العلمية يتحمل التزاما كاملا بضمان سلامة المريض، وهو التزام لا يُعفى من نتائجه إلا بإثبات القوة القاهرة.[1]

لذلك لا منّاص من انعقاد مسؤولية الطبيب في حالة التجارب العلمية إذا أدّت التجربة إلى تدهور حالة المريض، حتى ولو عادت عليه ببعض الفوائد المحدودة. وبالتالي فإن التوازن هنا بين ما يعود على المريض من فائدة وما يتعرض له من مخاطر هو أشدّ إلحاحا منه في حالة التجارب الطبية العادية.

– **رابعا:** أن تخضع التجارب الطبية التي لا يُرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلـــس الــوطني لأخلاقيات العلوم الطبية، وهو ما أكدته المادة 3/168 من القانون رقم 90- 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها.

ولاشك أن هذا الشرط فيه ضمان وحماية للمرضى من خضوعهم المفرط وغير المشروع للعديد من التجارب الطبية غير العلاجية وغير المشروعة، حتى ولو تم ذلك بموافقتهم. إذ لا تُبرّئ موافقة الشخص موضوع التجريب وكذا رأي المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المُبادر إلى التجريب من مسؤوليته المدنية.[2]

خلاصة المسألة وبناء على ما تقدم فإنه يُسأل مدنيا وجنائيا الطبيب الذي يُجري تجاربه العلاجية على رجل سليم صحيح، أو على رجل مريض بغير رضاء حرّ مستنير منه. أو برضائه رضاءً صحيحا ولكن ليس بقصد شفائه من مرضه، على أساس ارتكابه خطأ عمديا يوجب هذه المسؤولية.

---

[1] سهير منتصر: المرجع السابق، ص 97، 98.
[2] نصت على ذلك المادة 4/168 من القانون رقم 90-17. المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها.

الفقرة الثالثة:

إسقاط الجنين (إجهاض الحمل)

تكاد تتفق معظم التشريعات – لاسيما العربية منها على تجريم الإجهاض بصورة عامة، وعلى تشديد العقوبة على مُرتكبه، متى توافرت فيه صفات خاصّة تتعلق بعمله وتَمكُنه من العلم بوسائل الإجهاض كالطبيب ومن في حكمه [1]. ذلك أن الأصل هو أن يكون استعماله لما حصل عليه من علم في غير مجال الإجرام. كما يتأكد التشدّيد إذا أدّت وسائله إلى موت الأم.

وبناء عليه يتحقق الخطأ العمدي الموجب لمسؤولية الطبيب المدنية والجنائية في حالة ما إذا قام بالإجهاض الجنائي، حيث يتخلص الطبيب من الجنين لأي سبب أو باعث لا تتوافر له الشروط اللازمة لإباحته. ويجعل التشريع الجزائري من الإجهاض جريمة تستوجب عقوبة جنائية [2]، وبالتالي يجب على الطبيب احترام مهنته الشريفة فلا يقوم بأي عمل من أعمال الإجهاض إلا للضرورة.

هذه بعض الصور التي يتحقق من خلالها وقوع الخطأ العمدي أي بقصد من الطبيب في إحداث الضرر الناتج عن هذه الأخطاء، ولاشك أن ذلك يشدّد من مسؤوليته المدنية والجنائية.

وأخيرا نشير إلى أن الخطأ العمدي يُعرف بالتعدّي العمد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، كما يظهر من عبارات الفقهاء وجوب التسوية في ضمان الأموال بين التعدّي العمد والتعدي الخطأ (غير العمد). وفي هذا المعنى يقول الإمام العزّ بن عبد السلام: " الجَوابِر مشروعة لجلب ما فات من المصالح، ولا يشترط في ذلك أن يكون من وجب عليه الجبر آثما. ولذلك فقد شرع الجبر مع الخطأ والعمد والجهل والعلم والذكر والنسيان وعلى المجانين والصبيان ".[3]

البند الثاني:

---

[1] مفتاح محمد أقزيط: الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي للحديث، الإسكندرية، 2004، ص 234.
محمد سعيد خليفة: المسؤولية المدنية عن الممارسات الطبية الماسة بالجنين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 153.
أنظر في ذلك مثلا المواد: 306 من قانون العقوبات الجزائري، والمادة 60 من القانون رقم 06- 23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، والمادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 262 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائريين. والمادة 546 من قانون العقوبات اللبناني، والمادة 33 من قانون الآداب الطبية اللبناني. والمادة 263 قانون العقوبات المصري، والمادة 214 قانون العقوبات التونسي.

[2] أنظر المواد 305 و306 من قانون العقوبات الجزائري.

[3] أبي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي : قواعد الأحكام في مصالح الأنام، تعليق طه عبد الرؤوف سعد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الجليل، بيروت، 1400هـ/ 1980م، ص 178.

الخطأ غير العمدي

يقصد بالخطأ غير العمدي الإهمال والذي يتمثل في الإخلال بواجب قانوني بإدراك المُخل لهذا الإخلال ودون قصد الإضرار بالغير [1]. فهو كذلك يتكون من عنصرين أحدهما نفسي وهو التمييز أو الإدراك، والثاني مادي وهو الإخلال بالواجب القانوني.

ولاشك أن الخطأ بهذا المفهوم المتمثل في الإهمال أو التقصير وقلة الاحتراز وعدم اتخاذ الحيطة والحذر هو المقصود بالخطأ في إطار المسؤولية المدنية. إذ أن هذا النوع من الخطأ هو الذي تدور حوله الدراسات القانونية والمُقارنَة بشأن أساس المسؤولية المدنية. ومن ثم فهو موضوع دراستنا في هذه الرسالة، وقد سبق وأن شرحنا بتفصيل مدقق في المبحث الأول وكذا المطلب الأول من هذا المبحث أحكام هذا النوع من الخطأ من حيث تحديد مفهومه وشروطه وخصائصه وبيان معياره.

ونشير إلى أن تقسيم الخطأ كما سبق بيانه إلى خطأ عمدي وخطأ غير عمدي، إنما هو التقسيم المقبول الذي على أساسه تتميّز الجنحة المدنية عن شبه الجنحة المدنية[2]، وما يترتب عليه من نتائج.

والجدير بالذكر أن الخطأ غير العمدي تتعدد صوره بحسب التنوع الذي تضمنته نظرية تدرج الخطأ gradation des fautes، والتي احتدم النقاش بشأنها في القانون الفرنسي القديم. وقد تم تقسيم الخطأ إلى خطأ جسيم وخطأ لا يغتفر وآخر يسير وخطأ تافه، قبل أن ينتهي كل من الفقه والقضاء إلى نبذ فكرة تدرج الخطأ، ومساءلة الطبيب عن كل خطأ صدر منه كيفما كان ومتى كان ثابتا وواضحا. ويجدُر بنا التفرقة بين أنواع الخطأ كونها لا تخلو من أهمية علمية بالغة من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

الخطأ الجسيم، الخطأ الذي لا يغتفر والخطأ اليسير والتافه

---

[1] محمد حسين علي الشامي: المرجع السابق، ص 154.
[2] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 147.
عبد الحكم فوده: الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق، ص 17.

تتعدد صور الأخطاء غير العمدية بالنظر إلى جسامة الخطأ أو عدم جسامته، إذ منها ما يُوجب على المسؤول تعويضا جُزافيا كما هو حال الخطأ غير المُغتفر faute inexcusable [1]. ومنها ما يُماثِل من حيث الأثر الخطأ العمد مثل التسوية بين الخطأ الجسيم faute lourde والغش في العلاقات التعاقدية [2]، وبعضها الآخر لا يُماثل الخطأ العمد لا من حيث الطبيعة ولا من حيث الأثر كالخطأ اليسير **faute légère** والخطأ التافه **faute très légère**.

ونحاول أن نلقي الضوء على هذه الأخطاء من أجل تحديد ماهية كل نوع وبيان المعيار الذي يقاس به كل واحد من هذه الأنواع، بغية الوصول إلى التصور القانوني السليم لمسألة تدرج الخطأ في المجال الطبي.

البند الأول:

الخطأ غير المغتفر faute inexcusable

لم يَرد تعبير الخطأ غير المغتفر إلا في التشريع الفرنسي الخاص بإصابات العمل، حيث أعطى للعامل المصاب الحق في اقتضاء تعويضات إضافية تُجاوز التعويض الجُزافي المنصوص عليه في القانون عن الإصابة، متى حصلت إصابة العامل بخطأ لا يُغتفر من جانب رب العمل. أما إذا حدثت الإصابة نتيجة لخطأ لا يُغتفر من العامل فإن شأن ذلك يؤدي إلى تخفيض التعويض الجزافي المقرر قانونا.[3]

وقد عرفه القضاء الفرنسي بأنه: " الفعل أو الترك الإرادي بكيفٍ كان يجب أن يُخامِر الفاعل الخطر فيه وذلك مع انعدام أية أعذار أو دوافع تبرّره ".[4]

---

[1] L'article 20 de la loi du 09 avril 1898 sur les accidents de travail français, et l'article 64/2 de la loi du 30 octobre 1946, modifiée et complétée.

[2] حيث ساوت المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري بين الغش والخطأ الجسيم في الالتزامات التي مصدرها العقد.

[3] إن هذا النوع من الخطأ معروف في الاتجاه الأنجلوسكسوني ضمن فكرة الخطأ العمد، ويطلق عليه مصطلح سوء السلوك الإرادي. انظر. فاروق أحمد زاهر: تحديد مسؤولية الناقل الجوي الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 507، 508.

[4] Cass. civ : 22/02/1932. D 1932, 1, p 25. Cité par: R. Jaillet : La faute inexcusable en matière d'accidents du travail et de maladie professionnelle, thèse, Paris, 1980, p 26 ets.

وقد ميّزت محكمة النقض الفرنسية بحكمها هذا الخطأ غير المغتفر بثلاثة عناصر تتمثل في: الصفة الإرادية للفعل أو الترك، والمعرفة بالخطر الذي يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك، وأخيرا عدم وجود عذر يبرر هذا الفعل أو الترك.

كما زادت محكمة النقض في قرار لاحق لها عنصرا رابعا بقولها: " أن الخطأ الذي لا يغتفر هو الخطأ الذي يبلغ من الجسامة حدًا غير عادي وينتجُ عن فعلٍ إرادي أو عن معرفة بالخطر كان يجب أن توجد لدى الفاعل، مع تخلّف أي سبب مبرّر، ويتميز عن الخطأ العمد بتخلف عنصر العمد".[1]

يتضح لنا من هذا التعريف أنه يجب توافر أربعة شروط لكي يوصف الخطأ بأنه غير مغتفر وهي:

أولا: الجسامة الاستثنائية للخطأ، و لم تُحدد محكمة النقض الفرنسية معنى الجسامة، ولكن المقصود منها الجسامة الاستثنائية في الفعل المكون للخطأ، لا بِما ينجُم عنه من ضرر. وهذا يمكن تحديده بطريقة موضوعية قوامها مسلك الرجل المعتاد.[2]

ثانيا: تخلف أي عذر كحالة الضرورة، والدفاع الشرعي يبرر هذا الفعل أو الترك.

ثالثا: المعرفة أو إمكان المعرفة بالخطر الذي يمكن أن ينتج عن الفعل أو الترك، حيث يجب أن يكون الفاعل عالما بخطورة النتائج التي يمكن أن يؤدي إليها فعله أو امتناعه.

رابعا: الصفة الإرادية للفعل أو الترك، إذ يُشترط أن يكون الخطأ غير المُغتفر وليد فعل أو امتناع إرادي دون أن يقصد منه تحقيق الآثار الضارة، وإلا كان خطأ عمديا.

بمعنى آخر يجب أن يكون الفعل أو الترك مقبولا من جانب الفاعل، ولكن لا تصل هذه الإرادة إلى حد تعمّد الضرر.

وفي الصفة الإرادية لنشاط الفاعل كما قيل يكمُن الفرق بين الخطأ غير المغتفر والخطأ الجسيم، إذ ينشأ هذا الأخير عن إهمال أو عدم احتياط لم يتدبّره الفاعل، في حين لا يقع الأول إلا إذا أراد

[1] Cass. civ. Ch. réunies : 15/07/1941, DC 1941, 117.
مشار إليه عند: محمد إبراهيم دسوقي: تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، 1973، ص 365.
وانظر كذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الرجوع على مباشرة الضرر الناجم عن حوادث السيارات وفقا للقانون الكويتي، مجلة إدارة الفتوى والتشريع، العدد الرابع، السنة الرابعة، الكويت، ص 193، 194.

[2] نوري حمد خاطر: تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية - دراسة نظرية مقارنة-، مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثالث (تشرين الأول 2001)، الأردن، جامعة آل البيت، ص 10.

الفاعل فعله أو امتناعه الذي يترتب عليه الضرر متمثلا خطره دون قصد تحقيق النتيجة الضارة وإلا كان عمدا.[1]

وبهذا التحديد فإن الخطأ غير المغتفر وإن كان أشدّ الأخطاء غير العمدية جَسامة، إلا أنه ومع ذلك لا يَرقى – من حيث الطبيعة – إلى مرتبة الخطأ العمد لعدم توافر قصد الإضرار[2]. ولذلك فإنه يعتبر في درجة وسط بين الخطأ العمد والخطأ الجسيم كما سنرى في البند التالي.

ومن أمثلة الخطأ غير المغتفر في المجال الطبي ، حالة الطبيب الذي يحاول إجهاض امرأة حامل وهو يعلم بحالتها الصحية الضعيفة والمتدهورة، فيتسبب في وفاتها. أو كحالة الطبيب الذي يُجري عملية جراحية بأدوات غير معقمة، مدركا لخطورة فعله هذا ونتائجه، فيؤدي ذلك إلى زيادة انتشار المرض أو وفاة المريض.

البند الثاني:

الخطأ الجسيم faute lourde

ساد لفترة غير قصيرة في المجال الطبي أن الطبيب لا يُسأل إلا عن خطئه الجسيم، تكريسًا لحماية الأطباء وتوفير هامشٍ واسع من الحرية والثقة في أداء أعمالهم. وقد كان هذا المقصد من الأهداف الرئيسية للتمييز بين الأخطاء العادية والأخطاء الفنية للطبيب.

والخطأ الجسيم قانونا هو خطأ غير عمدي[3] لتخلف قصد الإضرار بالغير فيه، غير أن درجة جسامته وفداحته دفعت بالفقهاء الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي من بعض الجوانب. وإن كان هذا التشبيه لا ينبغي أن يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي.[4]

[1] محمد السعيد رشدي: الخطأ غير المغتفر، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1995، ص 35 وما بعدها.

[2] نوري حمد خاطر: الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، مجلة المنارة، المجلد التاسع، العدد الثالث (آب- أوت 2003)، جامعة آل البيت، الأردن، ص 11.
محمد حسين علي الشامي: المرجع السابق، ص 159.

[3] Voir : Voisenet Pierre : La faute lourde en droit privé français, thèse, Dijon, France, 1934.

[4] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: التأمين من الأخطار الناشئة عن خطأ المؤمن له في القوانين الفرنسي والمصري والكويتي، مجلة المحامي، السنة العاشرة، عدد (يناير، فبراير، مارس 1987)، الكويت، ص 191، 199.

وقد عُرّف الخطأ الجسيم بأنه الخطأ الذي لا يصدر من أقل الناس تبصرًا[1]، في حين عرفه البعض بأنه الخطأ الذي لا يُتصوّر وقوعه إلا من مُستَهْتِرٍ أو مُتهوّر[2].

ويمكن أن نصف الخطأ الجسيم بأنه الذي يبلغ درجة من الفُحش يدل على عدم أهلية مرتكبه، وأنه غير كُفْءٍ للقيام بالواجب المفروض عليه.

وتطبيقا لذلك يمكننا القول أن الطبيب إذا قام بعمل طبي وكان راجحا في اعتقاده وقوع الضرر للمريض ورغم ذلك أقدم على العمل كان خطأه جسيما طالما أنه لم يقصد الإضرار بالمريض.

على أن ما ينبغي التنبيه إليه أن جسامة الخطأ لا تقاس بأهمية ودرجة ما يترتب عليه من ضرر، ذلك أن أفدح الكوارث قد تترتب على أتفه الأخطاء. كما أن أشدّ وأكبر الأخطاء قد لا تُرتب إلا أضرارا بسيطة.

وعليه فإن جسامة الخطأ تقاس بعنصر أدبي في سلوك الشخص، فالشخص الذي يُدرك أن هناك احتمالا كبيرًا لوقوع الضّرر نتيجةً لسلوكه ومع ذلك يقوم به، فإن هذا السلوك يمثل خطأ جسيما.[3] وما من شك في أن المقاس الذي يوزن به سلوك الطبيب هو سلوك طبيب آخر مثله من نفس مستواه. وعلى ذلك يمكن تحديد الخطأ الطبي الجسيم بأنه كل فعل يرى طبيب يقظ وُجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول أن حدوثه يحتمل جدا أن ينشأ عنه الضرر المنسوب لذلك المريض.

ومن التطبيقات القضائية للخطأ الجسيم ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في أول حكم لها يتبنى فكرة الخطأ الفني الجسيم في قضية " Thouret – Noroy "[4]، والذي قرّرت من خلاله أن الطبيب يُسأل عن الإهمال الذي وقع منه وأدّى إلى ضرورة قطع ذراع المريض، حيث أن ذلك

---

[1] Dominique Thouvenin : La responsabilité médicale, Flammarion médecine- sciences, Paris, 1995, p 59.
Mohamed Akida : La responsabilité Pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Revue Al- Ulum Al- Quanuniya wal- Iqtisadiya, 24eme Année, N° 1, 2, (Janvier et juillet 1982), Université d'ain chams, le Caire, p 71, 72.

[2] أحمد رفعت خفاجي: تفسير الخطأ المهني الجسيم، مجلة المحاماة، السنة التاسعة والثلاثون، العدد الأول، مصر، ص 91.

[3] أحمد محمود إبراهيم سعد: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 383.
ويراجع رسالته: مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، 1983، ص 400.

[4] Cass. civ : 18 juin 1835, S. 1835, 1, 401.
Cité par : Mohamed Akida : La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, Paris, 1994, p 74.

الأمر يُعد بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب، خاصة وأنه تخلى عن المريض بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض.

كما قضت محكمة السين Seine بأن الطبيب يُعدّ مسؤولا عن الضّرر الذي أصاب المريض، إذا كان هذا الضرر قد نشأ نتيجة لخطئه الفاحش وعدم احتياطه، وجهله بالأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب.[1]

أما بالنسبة للقضاء المصري فلعل أوضح تعبير عن توجّهه السابق في اعتناق فكرة الخطأ الجسيم، حكم محكمة الجيزة الصادر سنة 1935[2]. حيث قضت بأن مسؤولية الطبيب لها وجهان: " أحدهما يتعلق بصناعته وهو ما يعبر عنه بخطأ المهنة، وثانيهما ليس متعلقا بذلك ولا شأن له بالفن ذاته. فخطأ المهنة لا يُسلّم به إلا في حالة الخطأ الفاضح وما إليها. أما الوجه الثاني فلا يخضع لسلطان التقدير الفني الطبي والجدل العلمي، لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفا بذلك القواعد المقررة طبيا، فهو مسؤول عنه. وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة، شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر".

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد يُظن أن الفقهاء قد ميّزوا بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير للطبيب، ومنشأ ذلك أنهم يقرّرُون أن الطبيب أو الجراح لا يُسأل إلا عن الخطأ الفاحش. وهو الذي لا يمكن أن يقع فيه طبيب آخر[3]، فإن فعل الطبيب ما لا يفعله مثله ممن أراد الصّلاح وكان عالما بهذا، فهو ضامن لتجاوُزه في عمله الحُدود المتعارف عليها عند أهل المهنة. أما إذا كان فعل الطبيب هو ما يفعله مثله من أهل العلم بصناعة الطب، فلا ضمان عليه وإن ارتكب خطأ يسيرا، وهو الذي يمكن أن يقع فيه طبيب مماثل.

---

[1] Trib. civ. Seine : 25/02/1929, D. 1931, 2, 144.

[2] حكم محكمة الجيزة الجزئية بتاريخ 1935/01/26، مجلة المحاماة، السنة الخامسة عشرة، القسم الثاني، رقم 216، ص 371.
وفي نفس المعنى: استئناف مختلط بتاريخ 1936/11/09، مجلة التشريع والقضاء المختلطة، السنة التاسعة والأربعون، ص 19، حيث جاء فيه: "أن مسؤولية الأطباء عن أخطائهم الفنية في مجال التشخيص والعلاج لا تقوم إلا إذا وقع من الطبيب غش أو خطأ جسيم، أو جهل مطلق بأصول العلم والفن الطبي ".

[3] أحمد بن محمد الطهطاوي: المرجع السابق، ص 260.

ونحن نرى عكس ذلك، أن تضمين الطبيب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية يكون حين يتجاوز الحدود المتعارف عليها بين أهل مهنته، سواء كان الخطأ الواقع منه جسيما أو يسيرا. ذلك أن المعوّل عليه هو عدم تجاوز هذه الحدود التي لا يقع فيها طبيب مثله.

ولعل لذلك شواهد عديدة أوردها الفقهاء في فروعهم. فممّا جاء عند الحنفية " أنه لا يضمن حجّام ولا بزّاغ أو فصّاد لم يتعدّ الموضع المعتاد، لأنه التزمه بموجب العقد فصار واجبا، والواجب لا يجامعه أو لا يتقيد بالضمان ".[1]

وأما ما ورد في بعض كتب المالكية ما يفيد أن الطبيب الحاذق الذي يتجاوز أصول مهنته تقصيرا منه، يجب تضمينه دون النظر إلى جسامة الخطأ الصادر عنه. حيث جاء ما نصه: " كطبيب لم يجهل ولكن قصّر، كأن أراد قلع سنٍّ فقلع غيرها خطأ، أو تجاوز بغير اختياره الحد المعلوم في الطب عند أهل المعرفة، كأن زلّت أو ترامت يد خاتنٍ أو سقى عليلاً دواءً غير مناسب للداء معتقدا أنه يناسبه وقد اخطأ في اعتقاده. فيضمن ما ذُكر في ماله لأنه عمدٌ لا قصاص فيه ".[2]

ومما جاء عند الحنابلة ما أورده الإمام ابن قدامة بقوله : " ولا ضمان على حجّام ولا ختّان ولا طبيب إذا عرف منهم حذق الصنعة و لم تَجْنِ أيديهم ".[3]

يُستنبط من العبارة السابقة أنه لا ضمان على الطبيب بشرطين: الأول أن يكون حاذقا عالما بالطب غير جاهلٍ به، والثاني ألاّ يتجاوز الحدّ المعلوم. ولاشك أن العبارة على هذا النحو جاءت بصيغة العموم، بحيث يستفاد منها أن يسير الخطأ وجسيمه يستويان في تضمين الطبيب إذا تجاوز الحد المعلوم في الطب.

فنستخلص مما تقدّم أن قيام مسؤولية الطبيب لا تستلزم درجةً معينة من الجسامة، وهو ما اتفق فيه الرأي الراجح لدى فقهاء القانون مع ما قرره فقهاء الشريعة الغرّاء.

البند الثالث:

[1] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية بولاق، مصر، 1314هـ، ص 137.
[2] عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، الجزء الثامن، دار الفكر، بيروت، 1398هـ/ 1978م، ص 116، 117.
[3] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، ص 117.

الخطأ اليسير Faute légère

هذا النوع من الخطأ وهو الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته [1]، وهو الشخص الذي تعيّنه المادة 172 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 211 من القانون المدني المصري والمادة 1137 من القانون المدني الفرنسي كمعيار عام ومجرد، فيما يتعلق بمدى العناية المطلوبة من المدين بذلها في الالتزام ببذل عناية. والذي يتعين فيه على القاضي أن يُجري المقارنة بمسلك الرجل العادي في حرصه ويقظته.

وللإشارة فالخطأ اليسير يختلف عن الخطأ البسيط من حيث طبيعة المسؤولية المترتبة. حيث قضت المحاكم الإدارية بإقرار مسؤولية المرفق الطبي العام على أساس الخطأ البسيط عندما يكون الضرر ناتجا عن سوء تنظيم أو سوء إدارة المرفق أو عن سوء تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى[2]. أو يكون ناتجا في العموم عن الإخلال بالأعمال العلاجية التي لا تقتضي تمييزا خاصا، بمعنى يمكن أن تنفذ بواسطة أي طبيب، وتنفذ في غالب الأحيان بواسطة المعاونين.[3]

البند الرابع:

الخطأ التافه Faute très légère

يقصد بالخطأ التافه الخطأ الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال وعدم الانتباه ولا يقترفه الرجل الحريص[4]، ويذهب جانب من الفقه إلا أن الخطأ التافه (اليسير جدا) كافٍ لقيام المسؤولية التقصيرية، بخلاف المسؤولية العقدية التي لا تقوم في حالة الخطأ التافه. [5] إلا أنه وبالرغم من هذا الخطأ التافه فإن المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية أم عقدية تقوم مادام قد ترتب عنه ضررا بالغير، ذلك أن القانون لم يُعلّق المسؤولية على درجة معينة من الخطأ.

---

[1] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 148.
محمد صلاح الدين حلمي: المرجع السابق، ص 292.

[2] J.M.Auby : La responsabilité médicale en France. R.I.D.C, Paris, 1976, p 511.
T.A. de Nantes : 30/07/ 1991, A.J.D.A, Paris, 1992, p 179.

[3] حمدي علي عمر: المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 41.

[4] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 457.
حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 148.

[5] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 49. "…en matière contractuelle la faute très légère était exclusive de la responsabilité " .

ويبدو لنا أن المُغايرة بين عناية الرجل العادي والرجل الحريص، إنما هي مغايرة نظرية لا تتسم بوجود فواصل قانونية دقيقة على أساسها يمكن التمييز بين عناية الرجل العادي وعناية الرجل الحريص[1]. خاصة وأن القانون وعلى عموم ما تقضي به المادة 124 من القانون المدني قد رتب قيام المسؤولية دون تعليقها على درجة معينة من الخطأ، بل إن أي قدر منه يكفي لقيام المسؤولية متى نتج عنه ضرر بالغير.

الفرع الرابع:
الخطأ الإيجابي والخطأ السلبي

يقوم الخطأ كما أسلفنا متى انحرف الإنسان عن السلوك المألوف السوي، بأن يأتي عملا كان يتعيّن عليه أن يتحاشاه وهو ما يسمى بالخطأ الإيجابي أو يمتنع عن عمل كان يتعين عليه أن يقوم به وهو الخطأ السلبي.

وسنحاول باختصار بيان طبيعة كل خطأ في المجال الطبي من خلال البندين التاليين.

البند الأول:
الخطأ الإيجابي Faute par commission

يقصد بالخطأ الإيجابي متى كان فعل المخطئ فيه عملا إيجابيا كإتلاف مال الغير [2]، إذ يتمثل في الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك محدّد [3]. وفي الجملة يقوم الخطأ الإيجابي متى وقع الإخلال بقاعدة ناهية عن عمل معين.[4]

[1] محمد حسين الشامي: المرجع السابق، ص 176.
[2] صلاح حسن البرعي: المرجع السابق، ص 184.
[3] فوزية عبد الستار: النظرية العامة للخطأ غير العمدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 126.
[4] حبيب إبراهيم الخليلي: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، د.م.ج، الجزائر، 1979، ص 03.
وانظر: رسالته للدكتوراه: مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1967، ص 03 و04.

وإذا ما أمعنّا النظر في الخطأ الإيجابي المتمثل في إتيان أمرٍ نهى عنه القانون، نجد أن له مضمونا متغيرا يختلف بحسب طبيعة الالتزام. فالتزام الطبيب ببذل العناية في تقديم العلاج وتشخيص المرض وإجراء العملية الجراحية ... ينفي عنه المسؤولية كأصل عام متى لحق المريض ضررا، إلا إذا أثبت هذا الأخير عكس ذلك. " إلا أن الأمر يجب أن يتغير متى تعلق الأمر بعملية طبية محددة كنقل الدم مثلا أو تركيب جهاز من الأجهزة التعويضية للمريض أو إجراء تحاليل، إذ التزام الطبيب هنا يكون التزاما بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية، بمعنى أن الطبيب إذا نقل دما للمريض وجب عليه أن ينقل دما نقيا نظيفا. ومتى ترتب عن نقل الدم ضرر للمريض وجب على الطبيب متى أراد التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن توقعه ولا تلافيه ".[1]

يستفاد مما سبق أن للخطأ الإيجابي مدلول خاص لا ينتج فقط عن الإتيان بأمر نهى القانون عنه، بل ويوجد أيضا عند الإخلال بالواجب العام، أو عند عدم بذل العناية الخاصة التي يتطلبها القانون، ويتغيّر مضمون الخطأ الإيجابي من حيث عبئ الإثبات تبعا لنوع الالتزام ذاته.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد عرّف الفقهاء التعدي الإيجابي بأنه عبارة عن مخالفة ما أمر الشّارع بالامتناع عنه والكفّ عن مباشرتِه[2]. كما عرّفه بعضهم بأنه: " العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي ".[3] ومثال ذلك ما أوردته مجلة الأحكام العدلية وغيرها من الكتب الفقهية من أنــه: " إذا أتلفَ أحدٌ مال غيره الذي في يده أو في يدٍ أمينةٍ قصدًا أو من غير قصد يضمن ".[4]

ومن قبيل التعدّي الإيجابي للطبيب أن يقوم بقتل المريض أو بتر أحد أعضائه أو إتلاف أحد منافعه أو يقوم بحقنه بدواء يقتل غالبا، أو أجرى عملية جراحية فأضرّ بالمريض نتيجة خطأ منه.

---

[1] محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة، وتطبيقاته في بعض العقود، المرجع السابق، ص 107.
حسن زكي الأبراشي: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1951، ص 347.
محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 391.

[2] محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 729.
عبد القادر عودة: المرجع السابق، ص 87.

[3] زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي: المرجع السابق، ص 295.
سليمان بن محمد بن أحمد: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مكتبة المجلد العربي، مطبعة السعادة، القاهرة، 1405هـ، ص 227 وما بعدها.

[4] انظر المادة 912 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 439.
أبي عبد الله محمد بن غانم البغدادي: المرجع السابق، ص 146.

وجدير بالذكر أن التعدي الإيجابي له وجهان في الفقه الإسلامي : فقد يكون عن طريق المباشرة كما لو أجرى الجراحة بنفسه وأخطأ، فيضمن المباشر (الطبيب) وإن لم يتعمد [1]. وقد يكون عن طريق التسبّب كأن يصِف الدواء خطأً للمريض، فلا ضمان على المُتسبّب (الطبيب) إلا إذا تعمّد.[2]

وسواء وقع التعدي الإيجابي بالمباشرة أو التسبّب، فالنتيجة واحدة وهي إلحاق ضررٍ بالغير. الأمر الذي يجعل الضمان (المسؤولية) مبني على التعدّي على العمد. إذ يرى بعض الفقهاء أن القاعدة التي تُقيّد ضمان المُتسبّب دون المباشرة بالتعمّد إنما تقصُد التعدي، إذ يكون منطوق القاعدة هكذا: " المباشر ضامن وإن لم يتعدّ حيث أن المتسبّب لا يضمن إلا بالتعدي ". [3] ولذلك اشترطوا في قواعدهم الفقهية أن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدّي.

ولاشك أن تفسير المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية يقتضي القول بأن ضمان المتسبب يكون بالتعدي لا بالعمد (فيستوي الأمر بالنسبة للمباشر والمتسبب). لذلك اشترط الفقهاء في قواعدهم الفقهية أن المتسبّب لا يضمنُ إلا بالتعدّي.[4]

وقد أيّد هذا المعنى جملة من الباحثين المحدثين الذين يرون أن الخطأ الإيجابي إنما ينصرف إلى المباشرة والتسبب، وتداركوا عمليا هذا الإيهام في عبارة مجلة الأحكام العدلية حيث قَرنوا التعمّد بالتعدّي كشرط لتضمين المُتسبّب.[5]

---

[1] تنص المادة 92 من مجلة الأحكام العدلية على أن: " المباشر ضامن وإن لم يتعمد". والمباشر هو الذي يلي الأمر بنفسه فإنه يضمن الضرر الذي يتولد عن فعله سواء كان عن قصد منه أو لم يكن عن قصد. وقد بينت المادة 887 من المجلة معنى الإتلاف بالمباشرة.
انظر سليم رستم باز: المرجع السابق، ص 52.

[2] تنص المادة 93 من مجلة الأحكام العدلية على أن: " المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد". وأوضحت المادة 888 من المجلة مفهوم الإتلاف بالتسبب: بأنه: " التسبب في تلف شيء يعني أن يحدث في شيء ما يفضي عادة إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبب".
انظر في هذا المعنى: أحمد شرف الدين: رعاية الإسلام للطب تعليميا ومزاولة، نشرة الطب الإسلامي، العدد الثاني،(أبحاث وأعمال المؤتمر العالمي الثاني عن الطب الإسلامي)، جمادى الآخرة 1402هـ/ مارس 1982، الكويت، ص 772.

[3] وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 198.
علي الخفيف: المرجع السابق، ص 74، 75.
مصطفى أحمد الزرقاء: المرجع السابق، ص 77.
وانظر كتابه: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي - المدخل الفقهي العام-، الطبعة الخامسة، مطبعة الحياة، دمشق، 1383هـ/ 1967م، ف 658.
أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 57.

[4] أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المرجع السابق، الجزء السابع والعشرون، ص 22.
فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 149.
محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (المسمى حاشية ابن عابدين)، الجزء الخامس، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1399هـ، ص 54.

[5] سليم رستم باز: المرجع السابق، ص 52.

يستفاد من التفصيل السابق أن مضمون الخطأ الإيجابي بطريق التسبب هو ذات التعدّي ومجاوزة الحق أو الخروج عن المألوف سواء كان عمدًا أو تقصيرًا أو إهمالاً.[1]

وبهذا المعنى نصل إلى القول بأن الفقه الإسلامي يتفق مع فقه القانون المدني على أن التعدي الإيجابي يتمثل في إتيان أمرٍ نهى عنه القانون، مُؤدّاه الامتناع عن عمل معين. كما يتفقان في أن معيار التعدي الإيجابي يتم قياسه وفقا لمعيار المسلك المعتاد في الظروف التي أحاطت بالمسؤول، عدا ما أَلَمحنا إليه من أن الفقه الإسلامي يقيس السلوك من خلال الفعل ذاته. فإن كان الفعل معتادا فلا ضمان ولا مسؤولية، وإن كان غير معتاد وجب الضمان.

البند الثاني:

الخطأ السلبي Faute par omission

يُعرّف الخطأ السلبي بأنه ما كان في صورة ترك أو امتناع، وهو لا يتحقق إلا حيث يدُل الترك أو الامتناع عن إهمالٍ أو عدم احتياط.[2] فالطبيب الذي يعمل في مستشفى عمومي أو عيادة حكومية ويمتنع عن علاج أحد المرضى ممّن ينبغي عليه علاجهم، أو ممّن يدخلون في نطاق اختصاصه، يُعتبر مخطئا ومن ثم مسؤولا. كما يُعد مسؤولا متى رفض الاستجابة لطلب المريض من أجل إسْعافِه وامتنع عن الانتقال لمعالجتِه مع عدم وجود ما يَحُول دون إجابته لطلب المريض.

وقد فرّق الفقهاء في هذا الصدد بين خطأ الامتناع بمناسبة عملٍ قانوني مشروع وبين خطأ الامتناع المجرّد.[3]

أحمد بن محمد الزرقاء: شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1403هـ/ 1983م، ص 385- 388.
محمد فوزي فيض الله: المرجع السابق، ص 198.

[1] محمد عبد القادر الحاج: مسؤولية المنتج والموزع - دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 161.

[2] عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 68.
عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، بيروت - باريس، 1984، ص 194 وما بعدها.

[3] محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 490.
حبيب إبراهيم الخليلي: المرجع السابق، ص 47، 48.

وبديهي أنه لا خلاف بشأن قيام مسؤولية المُمتنع بمناسبة عمل بين كل الفقهاء.[1] أما الامتناع المجرّد عن أي التزام أو واجب قانوني، كما لو طُلِبَ طبيبٌ لعيادة مريضٍ وإنقاذه فأبى ومات المريض، فهل تتحقق مسؤوليته نتيجة امتناعه ؟.

اختلف الفقهاء في هذا الشأن، حيث ذهب البعض منهم إلى نفي مسؤولية المُمتنع باعتبار أن النصوص القانونية هي المنشئة للالتزامات وهي مصدرها الوحيد، وحيث لا يتدخل القانون بفرض الالتزام بمساعدة الغير في حالة بذاتها فلا مسؤولية على الممتنع. ذلك أن الإنسان إنما هو مُلزم بالامتناع عن إلحاق الأذَى بالناس وليس مُلزما بمنع الأذى عنهم.[2]

ويستند هذا الرأي إلى أن الحرية الفردية تتنافى وإرغام الشخص على العمل والحركة متى أراد الخلود إلى السكون والراحة، كما أن مسؤولية الممتنع تنتفي تأسيسًا على انعدام رابطة السببية بين الامتناع والضرر.[3]

في حين اتجه البعض الآخر إلى قياس سلوك الممتنع بسلوك الرجل اليقظ المعتاد، مُعلّلين ذلك بقولهم: " أنه حيث يكون سلوك المُمتنع يتنافى مع مسلك الرجل المعتاد فثمة خطأ في الامتناع عن بذل المساعدة "[4]. كما هو حال امتناع الطبيب الموجود في منطقة نائية منعزلة دون وجود طبيب غيره فيها، أو الطبيب الذي يرفُض زيارة مريض لا غنى له عن تدخله.

وحجة هذا الاتجاه أن مسلك الرجل العادي لا يمتنع عن بذل المساعدة لو وُجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول.[5]

ورأى جانب من الفقه أن امتناع الطبيب إنما يُبنى على أساس الإخلال بالترابطات الاجتماعية أو المهنية باعتبارها واقعة اجتماعية وقانونية في نفس الوقت، تترتب عنها في بعض الحالات آثارا قانونية مثل واجب تقديم المساعدة والإغاثة والشهادة والتبليغ والإيواء المؤقت.[1]

[1] مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 42.
محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 35.
محمد حسين علي الشامي: المرجع السابق، ص 193.
[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 1775.
أحمد حشمت أبو ستيت: المرجع السابق، ص 406.
[3] محمود جمال الدين زكي: المرجع السابق، ص 491.
[4] محمد فائق الجوهري: المرجع السابق، ص 393.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 250.
[5] حبيب إبراهيم الخليلي: المرجع السابق، ص 110.

وفي تقديرنا أن الرأي الثاني هو الأولى بالإتّباع، غير أنه ينقُصه ويعُوزه الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه، باعتبار أن معيار مسلك الرجل المعتاد إنما هو لقياس الخطأ ذاته وليس أساسا قانونيا للامتناع.

ونعتقد تدعيما لهذا الاتجاه أن الأساس القانوني لخطأ الامتناع يكمُن فيما تضمنته المادة 124 من القانون المدني التي نصّت على الخطأ بصفة عامة دون تحديد طبيعته إيجابيا كان أم سلبيا، حدث بامتناعٍ عن عمل أو التزام أو بامتناع مجرّد.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن الطبيب الذي يمتنع عن إنقاذ مريض وفي إمكانه إنقاذه دون أن يلحقه أي خطر محقق، فإنه يعتبر مسؤولا عن إنقاذ هذا المريض. ولا يستطيع التخلص من المسؤولية في مثل هذه الحالة إلا إذا أثبت عدم إمكانه فعل ذلك، كأن لم تتوافر له أدنى متطلبات الإسعاف من الوسائل، أو يُثبت أنه لو قام بإنقاذه لناله خطرٌ محقق كإصابته بالعدوى مثلا. ففي مثل هذه الحالات ترتفع مسؤولية الطبيب الممتنع. أما إذا كان باستطاعته إنقاذه دون أن يناله خطر محقّق فيُعتبر مسؤولا عن الضرر الذي أصاب المريض، وعلى القاضي أن يستخلص توافر الشرطين السابقين من واقع الحال وفقا لمعيار مسلك الرجل العادي. وفي هذا دليل على أهمية الخطأ كركن هام للمسؤولية المدنية سواء كان سبب المسؤولية الإقدام على فعل غير مشروع أو الامتناع عن فعل مشروع وفي الإمكان القيام به.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فيظهر من العبارات التي أوردها الفقهاء أن المُمتنع عن إنقاذ نفس أو مال الغير يعتبر مسؤولا عمّا أصاب الغير من ضرر سواء كان الامتناع مجرّدا أو بمناسبة عمل. وفي هذا الصدد يقول الإمام الشاطبي: " الترك فعل من الأفعال الداخلة تحت الاختيار"[2] ويقول ابن

---

[1] مصطفى عبد السيد الجارحي : الخطأ بالامتناع، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية، العدد الأول (رمضان 1350هـ/ يناير 1932)، مصر، ص 418.

وانظر في هذا الصدد: علي جمال الدين عوض: الإنقاذ البحري في القضاء المصري، تعليق على حكم لمحكمة الإسكندرية الابتدائية في 27 مارس 1973، مجلة المحاماة، السنة الخامسة والخمسون، العدد الخامس والسادس، مصر، ص 117.

[2] أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي: الموافقات في أصول الأحكام، الجزء الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1341هـ، ص 70.
وقال أيضا:" والقاعدة أن الأحكام إنما تتعلق بالأفعال أو بالتروك ".

تيمية: " الواجبات عندنا في الضمان كفعل المحرمات ".[1] وقد أكدّ بعض الفقهاء المتأخرين هذا المعنى بقولهم: " الكَــفُّ يدخل عُرفا تحت كلمة فعل ".[2]

وتبعا لما تقدم يُؤخذ من قول الفقهاء بناءً على العبارات السابقة أن الترك المجرّد أو بمناسبة عمل يُوجب على المُمتنع الضمان.

الفرع الخامس:
الخطأ العقدي والخطأ التقصيري

يختلف المقصود بالخطأ من حيث طبيعته في إطار المسؤولية المدنية بين الخطأ العقدي الناجم عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عنه، والخطأ التقصيري الذي ينتج عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها القانون.

البند الأول:
الخطأ العقدي Faute contractuelle

لم يُورد المشرع الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات، لاسيما المصري والفرنسي منها أي تعريفٍ للخطأ العقدي.

إلا أن الفقه قد حاول إعطاء تعريف له، وفي هذا الصدد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه: "عدم تنفيذ المدين للالتزام الناشئ عن العقد ".[3]

ويستكمل بعض الفقه هذا التعريف موضحا أن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، متى كان راجعا إلى خطأ المدين. ذلك أن " المسؤولية العقدية لا تقوم بمجرد عدم تنفيذ

[1] أبو العباس أحمد ابن تيمية: فتاوى ابن تيمية، الجزء الرابع، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1229هـ، ص 178.
[2] محمد سلام مذكور: مباحث الحكم عند الأصوليين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص 57.
[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 66.
وانظر: بلحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر، 1996، ص 644.

الالتزام التعاقدي، وإنما يلزم أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين".[1]

ويؤكد هذا المفهوم الأستاذ علي نجيده موضحا أن الخطأ العقدي لا يقتصر على عدم التنفيذ فقط، وإنما يشمل أيضا التأخّر في التنفيذ. " فالخطأ العقدي هو إذن التأخير في الوفاء بالالتزام أو عدم الوفاء به كلية سواء نتج عن عمد المدين أو تقصيره ".[2]

وعلى ذلك يتمثل الخطأ العقدي للطبيب في إخلاله بالتزام من الالتزامات الواردة في العقد الطبي الذي يجمعه بالمريض، كعدم قيامه بعلاج المريض، أو إهماله وتقصيره في تقديم الخدمات الطبية والعلاجية للمريض، أو التأخّر في إجراء العملية الجراحية التي تستدعي الاستعجال، أو إهماله لالتزامه بإعلام المريض وعدم أخذ رضائه وموافقته على العلاج في الحسبان، [3] وغيرها من الالتزامات التي يفرضها العقد الطبي على الطبيب. وتبعًا لذلك إذا كان الضرر نتيجة عمل الطبيب، ولا يتعلق بأحد الالتزامات الواردة في العقد، كأن لا يقوم بتنبيه المريض بالأخطاء المطبعية الواردة بخصوص تحديد الجرعة الواجب تناولها من هذا الدواء، مما يسبب أضرارا بليغة لهذا الأخير، فلا يشكل ذلك إخلالا منه بالتزاماته التعاقدية.

وبالرغم من أن البعض يرى أن هذا لا يتنافى مع عدم اعتبار الطبيب مخطئا إذا تقيّد في عمله بالعادات الطبية المستقرة، لأن هذا هو السلوك المألوف من رجل المهنة العادي أي الطبيب الوسط الذي لا يُهمل في بذل العناية اللازمة للمريض، وبالتالي لا يخرج عن أصول المهنة وقواعدها الثابتة.[4] إلا أن ذلك لا ينطبق إلا على الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية التقصيرية، أما الخطأ العقدي للطبيب فيقوم متى أخلّ بأحد التزاماته المفروضة عليه بموجب العقد مهما كانت طبيعة تلك الالتزامات حسب ما ذكرته المادة 54 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] جلال علي العدوي: مصادر الالتزام - دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني-، المرجع السابق، ص 313.
توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام - في مصادر الالتزام مع مقارنة بين القوانين العربية-، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، بيروت، بدون تاريخ، ص 364.

[2] علي حسن نجيدة: النظرية العامة للالتزام وفقا لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993- 1994، ص 361.

[3] أيمن إبراهيم العشماوي: مفهوم العقد وتطوره، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 46.

[4] عبد الرحمن مصلح الشرادي: الخطأ في المسؤولية المدنية التقصيرية الشخصية، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2001، ص 186.

البند الثاني:

الخطأ التقصيري Faute délictuelle

لاشك أن الحديث عن الخطأ في إطار القواعد العامة للمسؤولية المدنية إنما ينصرف إلى التقصيرية منها. ولم يورد لنا المشرع تعريفا للخطأ، الأمر الذي دفع بالفقه إلى البحث عن تعريفات ملائمة له. على أن مسألة تحديد تعريف دقيق وشامل للخطأ كانت من المسائل الشائكة التي احتدم بشأنها النقاش والخلاف لدى الفقه والقضاء. وقد وردت عدة تعريفات للخطأ الطبي لم يسلم أحد منها من النقد.[1]

وبالرغم من ذلك فإننا نشير إلى أن الخطأ في كل الأحوال إنما يتمثل في الإخلال بإحدى الواجبات التي تُستمدّ أساسا من إحدى قواعد السلوك القانونية في المجتمع، والتي يلتزم باحترامها الرجل المتوسط الذي أحاطت به نفس ظروف محدث الضرر، عدا تلك التي يمكن السيطرة عليها.[2]

وعلى ذلك يتمثل خطأ الطبيب التقصيري في إخلاله بإحدى قواعد وأصول مهنة الطب والتي لا يمكن أن يقع فيها طبيب متوسط. فيتحقق الخطأ التقصيري للطبيب حيث يكون هناك إخلال بالقصد الطبي أو بالالتزام المفروض قانونا على الطبيب أو القائم بالعمل الطبي.[3]

فالخطأ التقصيري الطبي يظهر عند أي إخلال للطبيب بواجبه الطِّبي المفروض عليه بحكم نظام مهنته والأعراف الراسخة فيها، أو جهلٍ منه لقواعد مُكرّسة في العلم الطبي أو إغفاله للأصول الفنية لُممارسة المهنة، أو إهماله الحيطة والحذر الواجبين.[4]

وعلى العموم فخطأ الطبيب التقصيري يكون متى وجد تقصير في مسلك الطبيب.[1]

---

[1] راجع هذه التعريفات والتعليق عليها في الصفحة 22 وما بعدها.
[2] حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 19.
نعمان خليل جمعه: المرجع السابق، ص 41، 42.
[3] منذر الفضل: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 13.
[4] صفاء خربوطلي: المسؤولية المدنية للطبيب والأخطاء المهنية المترتبة عليه - دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2005، ص 49.
نادر شافي: الطبيب بين الرسالة والمساءلة، مجلة الجيش، العدد 235، جانفي 2005، لبنان، ص 25.
Bekkat, Berkani Mohamed : La responsabilité médicale - La faute et l'erreur dans l'exercice de la médecine, Bulletin du conseil de l'ordre des médecins de la région d'Alger, n° 01, 2001, p 05.

يجدر بنا أن نشير إلى أن الحديث عن أحكام الخطأ في إطار قواعد المسؤولية المدنية عموما، إنما ينصرف إلى الخطأ التقصيري، لارتباط فكرة الخطأ بالمسؤولية التقصيرية، ذلك أن الخطأ العقدي ينتج عن الإخلال بالتزام تعاقدي.

أخيرا يمكننا القول أن خطأ الطبيب متى وقع بشكل ثابت وواضح وأكيد، فإنه يوجب مسؤوليته، سواء كان عمديا أو غير عمدي، إيجابيا أم سلبيا، عقديا أو تقصيريا، جسيما أم يسيرا... متى كان صادرا شخصيا عن الطبيب. إلا أن الأمر يختلف متى كنا بصدد عمل طبي يتدخل فيه دور أكثر من طبيب. وهذا ما يدفعنا لبحث مسألة الخطأ الفردي للطبيب وخطأ الفريق الطبي (الخطأ الجماعي)، وهو ما سنفصله على النحو التالي.

الفرع السادس:
الخطأ الفردي وخطأ الفريق الطبي

لاشك أن الأصل قيام الطبيب بمفرده بالتدخل الطبي سواء في التشخيص أو العلاج أو المتابعة أو غيرها، متى كان التدخل الطبي بسيطا لا يتطلب تخصّصا ما أو تعاونا فيما بين الأطباء أو مساعديهم. غير أن هناك حالات تفرِض أن يكون هناك عملا طبيا جماعيا مشتركا كما هو حال العمليات الجراحية. وعلى هذا النحو متى وقع خطأ طبي فإن طبيعته تختلف من حيث المتسبّب في حدوثه بحسب ما إذا كان الطبيب المنفرد، أم الفريق الطبي المتعاون.

البند الأول:
الخطأ الفردي Faute individuelle(personnelle)

[1] عادل علي المقدادي: الخطأ الطبي في العمليات الجراحية. ورقة عمل مقدمة لندوة " حقوق المرضى والمسؤولية عن الأخطاء الطبية" التي نظمتها كلية الحقوق، جامعة مسقط، بسلطنة عمان، (10- 1427/03/12هـ الموافق 9- 2006/04/11م).
وانظر في ذلك: مسفر بن حسن القحطاني: تقرير عن ندوة " حقوق المرضى والمسؤولية عن الأخطاء الطبية" التي نظمتها كلية الحقوق، جامعة مسقط، بسلطنة عمان، (10- 1427/03/12هـ الموافق 9- 2006/04/11م)، مجلة البحوث الأمنية، العدد 34 (شعبان 1427هـ/سبتمبر2006م)، ص 48.

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني فإن الشخص متى ارتكب خطأ سواء بإخلاله بالتزام قانوني[1] أو التزام عقدي [2]، يعد ذلك من قبيل الخطأ الشخصي الذي يُسأل عنه بمفرده. إلا أن الإشكال يثور متى تعاقد المريض مع طبيب جراح استعان ببعض الأطباء ولاسيما طبيب التخدير مثلا، فيرتكب هذا الأخير خطأ، فيترتب على ذلك مسؤوليته على أساس خطأ شخصي، أما مسؤولية الطبيب الجرّاح الذي تعاقد معه المريض فتكون على أساس مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[3]، بالرغم من العلاقة التعاقدية بين الطبيب الجراح والمريض.

ولما كانت قواعد القانون تميّز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ورأي الفقه عدم جواز الجمع أو الخيرة بينهما [4]، فهذا لا يمنع حسب رأي بعض الفقه من تطويع قواعد المسؤولية العقدية وتوسيع نطاقها، بحيث يمكن تصوّر علاقة تعاقدية بين المريض وطبيب التخدير الذي لم يختره المريض بنفسه و لم يتعاقد معه على أساس مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير.[5]

غير أن رأيا آخر عارض هذا الاتجاه [6]، على أساس أن الاشتراط لمصلحة الغير يطرح صعوبة إمكانية التقاء إرادتي الطبيب الجراح وطبيب التخدير على إنشاء اشتراط لمصلحة المريض من جهة، وعدم توافر الرضا الحرّ والواضح من المريض من جهة أخرى. وبناءً على هذا لا يمكننا القول بوجود هذا الاشتراط أو حتى افتراضه.

وعليه فمتى وجد عقد بين الطبيب والمريض ولحق هذا الأخير ضررا نتيجة إخلال الأول بأحد التزاماته التعاقدية، اعتبر خطأ عقديا يوجب مسؤوليته العقدية عن أفعاله الشخصية. وتبعا لذلك

---

[1] تنص المادة 124 ق.م على أن:" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[2] تنص المادة 106 ق.م على أن:" العقد شريعة للمتعاقد، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

[3] Trib. Paris : 14/02/1958. J.C.P.1958-II-10533.2.

[4] عبد المعين لطفي جمعة: موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الأول، المرجع السابق، ص 32- 38.
بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر، 1999، ص 32- 40.
ولتفصيل أكثر راجع: خميس خضر: تنوع المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية والخيرة بينهما في القانون المصري والقانون المقارن الفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، العددين الأول والثاني، السنة السادسة والأربعون، 1976، القاهرة، ص 19- 110.
علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص 131- 155.
وانظر مؤلفه: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 113- 119.

[5] Fient. Barballion "Catherine ": Le statut juridique de l'anesthésiste- réanimateur, thèse d'état, université de Lyon, 1975, p 93.
Michel Ney : La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, thèse d'état, Paris, 1979, p 309.
محمد عادل عبد الرحمن: المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985، ص 308.

[6] محمد عبد القادر العبودي: المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1992، ص 251.
رايس محمد: المرجع السابق، ص 199.

يكون الطبيب الجراح مسؤولا عن أفعاله وأفعال غيره بمقتضى العقد، فيسأل الطبيب عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، ولو كان هذا الإحجام عن التنفيذ من فعل الغير الذي أدخله وأشركه الطبيب المتعاقد نفسه في تنفيذ بنود العقد مع عدم اشتراط التبعية في ذلك.

وتأسيسا على ذلك يعتبر المدين (الطبيب) قد ارتكب خطأ حين عهِد بتنفيذ التزامه إلى غيره، ولم ينفذ هذا الغير الالتزام أو أخلّ به [1]. وفي هذا الصدد يرى مازو Mazeaud وهو من المتمسكين بفكرة الخطأ في كل أنواع المسؤولية، أن أساس هذه المسؤولية هو أن الغير (طبيب التخدير مثلا أو غيره) الذي ساهم في الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي يعتبر امتدادا لشخص المدين، وأن كليهما قد امتزجا ببعضهما بحيث صار كل منهما يمثل الآخر إما بطريقة النيابة représentation وإما بطريقة اتحاد الذمة confusion [2] وبالتالي فإن مسؤولية الطبيب الجراح تقوم بتحقق خطأ فردي منه باعتباره ارتبط بعقد مع المريض، حتى ولو كان مرتكب الخطأ طبيب التخدير أو الأشعة أو غيره. وهذا التفصيل لا يعني أبدا القول بمسؤولية الطبيب الجراح باعتباره رئيسا للفريق الطبي، ذلك أن خطأ الفريق الطبي يتميز عن الخطأ الفردي وهو ما سنتناوله في البند الموالي.

البند الثاني:

خطأ الفريق الطبي Faute de l'équipe médicale

لم يعد الطبيب في الوقت الحالي منفردا في العلاج، بل أصبحت قواعد وأصول مهنة الطب تتطلب منه الاستعانة بغيره من أهل الاختصاص، إذ كثيرا ما يلجأ الطبيب المعالج إلى الاستعانة بطبيب الأشعة أو التحاليل، كما أنه لا غنى في الغالب للطبيب الجرّاح على طبيب التخدير... وهكذا أصبح الطبيب الحاذق لا يمكنه لوحده أن يؤدي خدماته على الوجه الأكمل ما لم تؤازره جميع إمكانيات الأسرة الطبية التي تعمل معه.[3]

---

[1] علي علي سليمان: دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 80.
[2] Mazeaud (Henri et Léon) et Tunk André : op.cit, p 1041.
[3] عبد الوهاب عبد القادر مصطفى الجلبي: السلوك الطبي وآداب المهنة، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة الموصل، العراق، 1988، ص 56.

ولاشك أن استعانة الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين له كل حسب تخصّصه، زاد من صعوبة تحديد طبيعة الخطأ وحدوده نتيجة هذا العمل المشترك الذي يشترك فيه كامل الفريق الطبي.

ولتوضيح طبيعة خطأ الفريق الطبي نشير إلى أن الفقه قد اختلف كثيرا في مدّى مسؤولية الطبيب الجراح (رئيس الفريق الطبي) عن أخطاء زملائه الأطباء أعضاء الفريق أو غيرهم من المساعدين الطبيين كالممرضين.

يرى جانب من الفقه أن الطبيب الجراح وطبيب التخدير أو طبيب الأشعة يُكوّنان معا فريقا جراحيا[1] يكون مسؤولا عنهما الطبيب الجراح في تنفيذ الالتزام التعاقدي الرئيسي تجاه المريض. ذلك أنه هو من يتولى ويدير شؤون العملية الجراحية ويوجه الأطباء المساعدين. ونظرا للاتفاق القائم بين الطبيب الجراح والمريض كون هذا الأخير لا يعرف باقي الأطباء المساعدين وليست له أي صلة بهم، فإن الطبيب الجراح باعتباره رئيسا للفريق الطبي يعتبر مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها أفراد فريقه مسؤولية عقدية.[2] ولا يكون الحل مغايرا لذلك حتى ولو كان أعوانه قد أبرموا عقودا مع ذات المريض، لأن عقودهم هذه تظل تابعة وفي إطار العقد الرئيسي الذي تمّ بين الجراح والمريض[3]. ولهذا فالجراح باعتباره رئيسا للفريق الطبي يقع عليه التزام بمراقبة مدى احترام قواعد الحيطة والحذر من قِبل كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي الذين يساعدونه، ويبقى هذا الطبيب الجرّاح هو الضامن الوحيد [4] في تنفيذ ما يتخذونه بشأن إجراء التدخل الجراحي والظروف التي سيُجرى فيها.

وقد أكدت هذا التوجه بعض أحكام القضاء الفرنسي، حيث ذهبت محكمة تولوز Toulouse [5] إلى أن " الجرّاح يعدّ هو المسؤول عن القرارات الرئيسية التي تتخذ بصدد التدخل الجراحي، لأنه هو الذي أبرم العقد مع المريض، وعليه مراقبة حالته التي لم تظهر بعد، وعليه

[1] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 291.
[2] Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op.cit, p 18.
[3] Janine Ambialet : responsabilité du fait d'autrui en droit médicale, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, p 64.
[4] Georges Boyer Chammard, Paul Monzein : op.cit, p 245.
[5] Trib. civ. Toulouse : 24/04/1973, Gaz. Pal, 1973, 1.401.

الاستعانة بطبيب تخدير كمساعد له وتحت مسؤوليته المباشرة، والذي عليه ألا يخالف تعليمات الجراح المسؤول ".

في حين ذهب اتجاه فقهي آخر [1] إلى أن كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي تربطه رابطة عقدية مستقلة بالمريض بموجب عقد ضمني مستمد من العقد الأول، مؤداه أن المريض يقبل التخدير أو الفحص بالأشعة قبل التدخل الجراحي، ونتيجة لذلك يكون الطبيب الجراح في منأى عن المسؤولية مما يجعل طبيب التخدير مسؤولا مسؤولية عقدية تجاه المريض. ويبقى في رأينا هذا الاتجاه شاذا لانتفاء القول بفكرة افتراض أو وجود عقد ضمني مستمد من العقد الأول الذي جمع بين المريض والطبيب الجرّاح، ذلك أن الالتزامات الناشئة عن العقد إنما هي التزامات رضائية صادرة عن إرادة واعية يُعتد بها قانونا وهو ما لا يمكن تصوّره في العقد المفترض (الضمني) بين المريض وطبيب التخدير.

غير أن هذه الحلول التقليدية تبدو غير كافية في نظر البعض [2]، ذلك أن الواقع يكشف في كثير من الأحيان أننا أمام فريق طبي واحد أو مجموعة من الأطباء ومساعديهم، تجمعهم وحدة الهدف والمصلحة المشتركة، وهو تقديم خدمة أو تدخل علاجي أو جراحي واحد. الأمر الذي يجعل من المستحيل في بعض الأحوال نسب الخطأ إلى عضو محدّد من بين أعضاء الفريق الطبي.

الأمر الذي دفع بهؤلاء إلى القول بعدم جدوى التمسك بالخطأ الفردي للطبيب تقصيريا كان أو عقديا، ولكن يكون من الأفضل التمسك بالخطأ المشترك [3] للمجموعة أو الفريق الطبي، على أساس إضفاء الشخصية القانونية عليه باعتباره مجموعة مستقلة عن الأعضاء المكونين لها.

---

[1] N. Jacob, Ph. Le Tourneau : La responsabilité civile, 2eme Ed, Dalloz, Paris, 1976, p 404.

[2] محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرية حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 91- 95.
Hassen Aberkane : Du dommage causé par une personne, R.T.D.C, Paris, 1958, p 516.
وقريبا من هذا المعنى انظر: محمد شكري سرور: مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، لبنان، 1983، ص 110.

[3] إن المقصود بالخطأ المشترك في هذا المقام هو الخطأ الذي يشترك فيه أعضاء الفريق الطبي الواحد، وهذا بخلاف المقصود العام من الخطأ المشترك الذي يقصد به " الخطأ الذي يساهم فيه كل من المضرور والمسؤول في تحقيق الضرر".
انظر: محمد شتا أبو سعد: الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 7 وما بعدها.
وهو ما نصت عليه المادة 177 ق.م بقولها: " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

وفي هذا الصدد يرى بعض الفقهاء [1] أن كل مجموعة من الأشخاص تجتمع بطريقة مقصودة تكون مسؤولة بالتضامن عما يقع من ضرر بسبب فعل أي عضوٍ من أعضائها متى حدث ذلك خلال ممارسة النشاط الذي اجتمعوا من أجله.

ولاشك أن الاعتراف بالشخصية المعنوية لأي جماعة من الأشخاص ومنها الفريق الطبي طبقا لأحكام القانون، يتطلب توافر عناصر أربعة لابد منها.[2]

العنصر الأول ضرورة وجود مصلحة جماعية مشروعة تهدف هذه المجموعة من الأشخاص إلى تحقيقها، وتكون في ذلك أقدر من الكائن الفردي. ولا شك في ذلك توافر هذا العنصر لدى الفريق الطبي. إذ أن هدف هذا الأخير هو علاج المريض وهو من أسمى الأهداف الاجتماعية التي لا ينازع أحد في مشروعيته.

أما العنصر الثاني وهو أن يكون لهذه الجماعة الإمكانية للتعبير عن إرادتها، وهذا لاشك أنه متوافر لدى الفريق الطبي، حيث يتولى عادة التعبير عن إرادته رئيس الفريق الطبي كالجرّاح مثلا، ووفقا لما تقضي به المادة 50 من القانون المدني.

في حين أن العنصر الثالث يتمثل في أن يكون هذا التجمع دائما وثابتا وليس مجرد تجمع عرضي، بأن يتوافر لدى أعضائه نية ثباته ودوامه، ويبدو لنا أن هذا العنصر يتوافر لدى الفريق الطبي مادام يسبق ذلك إعداد وتنظيم وتحديد أدوار ومهام كل عضو بشكل دقيق ومنضبط.

وبخصوص العنصر الرابع فيتمثل في ضرورة وجود ذمة مالية [3] للفريق الطبي، وإن كنا نتحفظ على ذلك على أساس أن الذمة المالية ليس من عناصر تكوين هذا الفريق، وإنما هي من نتائج ثبوت الشخصية القانونية له، وهو ما دفع بأنصار هذه النظرية أو هذا التوجه إلى الاعتراف بصعوبة تحقق هذا العنصر مما دفع بهم إلى القول بأن الشخصية المعنوية لأمثال هذه المجموعات إنما تكون نصف أو بعض الشخصية.[4]

---

[1] Hassen Aberkane : op. cit, p 516, 517.

[2] François Terré : Introduction Générale au droit, Dalloz, Paris, 1991, p 287 et 290.

[3] قرار المحكمة العليا، غ.م: 1990/11/18، م. ق، العدد الأول، 1994، ص 178.
وفي هذا الصدد تنص المادة 50 ق.م:" يتمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق، إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان وذلك في الحدود التي يقررها، ويكون لها خصوصا ذمة مالية...".

[4] محمد شكري سرور: المرجع السابق، ص 108.

وعلى هذا فإننا نرى عدم سلامة تأسيس مسؤولية الفريق الطبي كشخص معنوي، وإنما على أساس المسؤولية التضامنية لأعضاء الفريق الطبي[1]، وذلك لسببين مهمين:

السبب الأول وهو عدم صحة واستقامة القول بأن الفريق الطبي تكون له بعض أو نصف الشخصية المعنوية، ذلك أن هذه الأخيرة لا تقبل التبْعِيض ولا التجزئة، باعتبار أنها إما موجودة وإما منعدمة غير موجودة، ولكنها لا تتصوّر ناقصة.[2]

أما السبب الثاني فيتمثل في مدى اعتراف المشرع الجزائري للفريق الطبي بالشخصية المعنوية القانونية، ذلك أن الفريق الطبي ليس من بين الأشخاص المعنوية التي ورد النص عليها في المادة 49 من القانون المدني، كما لم يصدر للاعتراف بالشخصية القانونية للفريق الطبي أي نص خاص وفقا للمادة 51 من القانون المدني.

لذلك يمكننا القول في الأخير أنه متى كنا أمام فريق طبي تتكامل أدوار أعضائه من أجل عمل طبي معين كعلاج المريض أو إجراء عملية جراحية له، ثم لحق هذا الأخير ضررًا دون إمكانية تحديد عضو بذاته في الفريق الذي تسبّب في إحداث الضرر، أو كان هناك ترابط وثيق بين أعمال هؤلاء الأعضاء، بحيث يصبح من التعسف والظلم تحميل عضو واحد نتيجة ما وقع للمريض من ضرر، أمكن في هذه الحالة أن يتمسك المضرور بالمسؤولية التضامنية لأعضاء هذا الفريق الطبي وفقا لقواعد القانون.[3]

ولاشك أن هذا يوفر ميزة مهمة للمضرور دون خروج على قواعد القانون حيث تتعدد أمامه فرص الحصول على تعويضٍ عما أصابه من ضرر.

---

[1] لعشب محفوظ: المبادئ العامة للقانون، د.م.ج، الجزائر، دون تاريخ، ص 78.
[2] حسن كيرة: المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص 518.
محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: شرح القانون المدني الكويتي - نظرية الحق-، بدون دار نشر، الكويت، 1989، ص 159، 389.
محمد حسين منصور، همام محمد محمود: مبادئ القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون تاريخ، ص 153 وما بعدها.
[3] تنص المادة 126 ق.م:" إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي...".

خلاصة القول أن الخطأ الطبي مهما كانت درجته [1] ومهما تعددت صوره وأشكاله سواء كان خطأ عاديا أو مهنيا، عمديا أو غير عمدي، جسيما أو يسيرا أو تافها، إيجابيا كان أم سلبيا، عقديا أو تقصيريا، فإنه يوجب مسؤولية الطبيب المدنية متى كان ثابتا ومحققا وتوافرت شروطه.[2]

وعلى ذلك فقد انتقد الفقه نظرية تدرج الخطأ الطبي انتقادا شديدا مؤسسا لذلك على جملة من الأسس والحجج القانونية والمنطقية[3]، فمن حيث النصوص القانونية فإن هذه التفرقة لا تستند إلى القانون لا في نصه ولا في مبناه. كما أن صعوبة التمييز في كثير من الأحيان بين الخطأ المادي والخطأ الفني أو المهني للطبيب تحول دون الاعتراف بهذه التفرقة.

صفوة القول أنه طالما لم يميّز التشريع [4] ولا القضاء [5] بين درجات الخطأ، فيمكننا القول أن الطبيب تترتب مسؤوليته متى تحقق في جانبه الخطأ دون تمييز.[6]

إذ أن المخالفة الواضحة للمبادئ المسلم بها في الممارسة الطبية هي وحدها التي يمكن أن تحرك مسؤولية الطبيب، إذ أن مُؤاخذته عن جميع أخطائه ليس معناها أن يُؤخذ بالظن أو بالاحتمال. فالمسؤولية لا تترتب إلا عن خطأ ثابت ومحقّق، كما أن الأحكام تقوم على اليقين لا على الشك.

---

[1] Paulette Nègre : La responsabilité civile dans la pratique de la médecine, Bosc frères, M et L Riou imprimeurs - éditeurs, Lyon, 1935, p 32.
عمرو عيسى الفقي: الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 292.
فتيحة محمد قوراري: مسؤولية الطبيب الجنائية في ضوء أحكام التشريع والقضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة مقارنة-، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون (شعبان 1425هـ/سبتمبر 2004م)، الكويت، ص 214.
زامل شبيب الركاض: مسؤولية الطبيب المدنية، جريدة الرياض، العدد 14186 (الجمعة 1428/04/10هـ/2007/04/27م)، السعودية، ص 13.

[2] راجع ما سبق تفصيله بشأن شروط الخطأ الطبي في المطلب السابق، ص 62 وما بعدها.

[3] محمد حاتم صلاح الدين عامر: المسؤولية المدنية عن الأجهزة الطبية - دراسة مقارنة في كل من مصر وفرنسا-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1416هـ/1996م، ص 94- 102.
محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ص 296- 300.
محمد أوغريس: مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي- دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار قرطبة، الدار البيضاء (المغرب)، 1994، ص 65- 68.
بودالي محمد: المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، م. ق، العدد الأول، 2004، الجزائر، ص 25.

[4] تنص المادة 124 ق.م: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[5] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب.أ)، م. ق، العدد 02، 1996، ص 179.
قرار مجلس الدولة بتاريخ: 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س.م ومن معه) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي ن.م بتيزي وزو)، ن. ق، العدد 63، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2008، ص 398.
قرار مجلس الدولة بتاريخ: 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس ضد م.م ومن معه)، ن. ق، العدد 63، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2008، ص 409.

[6] إلياس أبو عيد: في المسؤولية (الإدارية والمدنية والتجارية والمصرفية والجزائية)، تعليق على أحكام وقرارات، الجزء الأول، بدون دار نشر، لبنان، 1993، ص 91.
وانظر كذلك بحثه: المسؤولية الطبية، المجلة الطبية، الجزء 35، العدد الثاني، لبنان، ص 188.

الطبيعة القانونية للخطأ الطبي

نخلص من خلال دراستنا لهذا الفصل المتعلق بطبيعة الخطأ الطبي أن هذا الأخير إنما يُقصد به إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للأصول والحقائق العلمية المستقرة لدى أهل الطب، وتقصيره في المسلك السويّ الواجب اتخاذه. كما اتضح لنا تميّز الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية بجملة من الخصائص؛ من حيث كونه خطأ ثابتا وواضحا ومؤكدا ومتميزا، وهي في الجملة ميزات يكاد ينعقد عليها إجماع الفقه والقضاء كما أسلفنا.

من جهة أخرى وفي ذات السياق، توصلنا إلى أن رأي كل من الفقه والقضاء على اعتماد المعيار المختلط الواسع في تقدير الخطأ الطبي، والذي سبق وأن وضع أُسُسه فقهاء الشريعة الإسلامية. حيث يقاس فيه تصرف أو خطأ الطبيب بسلوك الطبيب الصالح، من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصرًا. وُجِد في نفس الظروف المؤثرة في الطبيب المسؤول، دون إهمالٍ لمستوى الطبيب وتخصّصه وقدُراته العلمية. وهكذا فإن الخطأ الطبي يتحقق متى توافرت شروطه، سواء ما تعلق منها بالشروط القانونية أو تلك المهنية العملية. بغض النظر عن نوعه أو شكله سواء كان خطأ عمديا أو غير عمدي، مهنيا أو عاديا، خطأ جسيما أو غير مغتفر أو تافها أو يسيرا، عقديا كان أو تقصيرايا، إيجابيا أو سلبيا... فإنه يأخذ حكم الخطأ الطبي، ولا يؤثر تنوّعه على قيام المسؤولية من عدمها. وإن كان تأثيره فقط على طبيعة المسؤولية (فيما يتعلق بالخطأ العقدي أو التقصيري، الفردي أو الجماعي – أي خطأ الفريق الطبي–) أو في طبيعة ومقدار التعويض.

وهكذا توصلنا إلى نتيجة مفادها أن الخطأ الطبي مهما كانت طبيعته أو درجته، ومهما كان المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ، يجب أن تتوافر شروطه السالفة الذكر حتى يكون موجبا للمسؤولية المدنية، وأن يقع بشكل واضح وثابت وأكيد ومحقق. إذ متى تحقق الخطأ الطبي على هذا الوجه سمح لنا بتفصيل أحكامه وتوضيح طبيعة المسؤولية المترتبة عنه من خلال تطبيقاته المختلفة والمتعددة، متى تمّ إثباته بشكل قانوني أمام القضاء.

غير أن تحقق الخطأ الطبي على هذا الوجه، يثير إشكالا في غاية الأهمية بالنسبة لطبيعة مسؤولية الطبيب المدنية المترتبة. إذ يثور التساؤل عن دور الخطأ في إطار المسؤولية الشخصية ؟ ومدى تميّز الخطأ التقصيري عن الخطأ العقدي في إطار المسؤولية الطبية ؟ هل فعلا لازال التقسيم التقليدي

لمسؤولية الطبيب المدنية سائدا ومُعولا عليه ؟ أم أن قواعد المسؤولية الطبية المهنية رسمت معالم جديدة، مستقلة وخاصة بهذا الخطأ الطبي ؟ بل إن باب التساؤل سُرعانما انفتح على مصراعيه بشأن مكانة الخطأ الطبي في ظل تطور قواعد المسؤولية الموضوعية ؟ هل لازال الخطأ أساسا لهذه المسؤولية ؟ أم أنه أخذ في التراجع ولو في حدود ضيقة ؟

هذه الإشكالات نحاول بحثها والإجابة عنها من خلال هذا الفصل الثاني.

تـطـبـيـقـــات الخطـأ الـــطـــبي

لاشك أن تحديد مفهوم الخطأ الطبي وبيان طبيعته وشروطه وأحكامه، وكذا تفصيل مراحل تطوره وتحديد مكانته في إطار المسؤولية الطبية التقليدية القائمة على التمييز بين نوعي المسؤولية التقصيرية والعقدية، وصولا إلى المسؤولية الطبية الحديثة القائمة على أساس الخطأ المهني. يدفعنا إلى تقصّي أشكال الخطأ والبحث في تطبيقاته المختلفة في المجال الطبي، حتى يتسنى لنا الإحاطة الكاملة والشاملة بموضوع الخطأ الطبي بطريقة فعّالة ومجدية.

ولئِن كان تحديد الأخطاء الطبية ومحاولة حصرها ضربٌ من العبث، وذلك لصعوبة الإلمام بكافة صور الأخطاء الطبية نتيجة لكثرتها وتعدّدها وتنوّعها، بحُكم أن مهنة الطب مهنة متجدّدة ومتطورة سواء من حيث النظريات العلمية أو الأساليب العلاجية أو الأجهزة والأدوات الطبية المستعملة.

إلا أن هذا لا يمنع من الوقوف على بعض التطبيقات العملية للخطأ الطبي، باعتبارها أكثر وقوعا وانتشارا في الأوساط العملية الطبية، ومحاولة بحثها وتأصيلها ودراستها من مختلف الجوانب القانونية.

ويمكننا تمييز هذه الأخطاء الطبية وتصنيفها إلى طائفتين: تتضمن الأولى منها الأخطاء الناجمة عن إخلال الطبيب بواجباته الإنسانية والأخلاقية الطبية تجاه المريض، فهي ترتبط أكثر بالجانب الإنساني الأخلاقي في الممارسة الطبية، بعيدا عن الأصول العلمية الفنية والتعقيدات التقنية لمهنة الطب.

أما الطائفة الثانية فنتعرّض من خلالها لأهم الأخطاء الطبية الفنية المرتبطة بالجانب العلمي الفني، فهي أخطاء طبية تقنية ناجمة عن الإخلال بالأصول المهنية وأهمها: أخطاء التشخيص، أخطاء العلاج وأخطاء الجراحة وغيرها.

وسنبحث في تطبيقات هذه الأخطاء تِباعا من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول:
الأخطاء الناجمة عن الإخلال بالواجبات الأخلاقية

يعتبر الواجب الإنساني من صميم مهنة الطب إن لم يكن عِمادها، إذ يلتزم الطبيب قبل كل شيء باحترام شخص المريض وكرامته. ذلك أن مهنة الطب باعتبارها من أسمى المهن التي تتعلق بالنفس البشرية، والتي تحظى بالرعاية والاهتمام، تنطوي على جملة من الآداب والأعراف والتقاليد التي يجب أن يُلمّ بها الطبيب ويُراعيها في كل حال.

ونتيجة لأهمية هذا الجانب الإنساني والأخلاقي في مهنة الطب، فقد كرسته أغلب التشريعات المهنية الطبية.[1]

ولما كانت مهنة الطب مُحاطة بجملة من الالتزامات الإنسانية والواجبات الأخلاقية، فإن أي إخلال بها يشكل خطأ طبيا متعلقا بالواجبات الأدبية ذات الطابع القانوني. وقد حاولنا حصر هذه الأخطاء في صنفين أو مجموعتين؛ الأولى بيّنا فيها الأخطاء المرتبطة بشخص المريض والمتعلقة بعدم مراعاة كرامته وكيانه الإنساني، والثانية خصّصناها للأخطاء المتمثلة في الإخلال بالقواعد الأخلاقية لمهنة الطب.

[1] انظر مثلا : المواد 6، 7، 8، 9، 46 من مدونة أخلاقيات الطب.
المواد 1/1110 وما يليها من قانون الصحة العامة في فرنسا، والتي أضيفت بموجب قانون حقوق المرضى وترقية الصحة لعام 2002.
المواد 05 و14 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري الصادر بمقتضى قرار وزير الصحة 234 لسنة 1974. وكذلك المواد 16، 20، 28 من لائحة آداب مهنة الطب في مصر، رقم 238، لسنة 2003. والمواد 05 و08 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي.

المطلب الأول:
عدم مراعاة شخص المريض وكرامته

إن كرامة المريض ومراعاة شعوره الإنساني قبل ذلك، والتعامل معه على أساس أنه طرف فعّال وأساسي في العلاقة الطبية، يفرض التعامل معه بكل احترام لشخصه وشعوره وإرادته ومراعاة لظروفه. ومن هذا المنطلق فإن العبث بهذه القيم وعدم الاحتياط لها من شأنه أن يلحق بها وصف الخطأ الطبي. إذ أن من أبرز هذه الأخطاء والتي سنتعرّض لها تِباعا: رفض الطبيب لعلاج المريض أو تركه والانقطاع عن معالجته، الإخلال بإعلامه، عدم الحصول على رضائه.

الفرع الأول:
رفض أو انقطاع الطبيب عن علاج المريض

كان سائدا في ظل المذهب الفردي أن الطبيب كسائر الناس، له مطلق الحرية في ممارسة مهنته متى وكيفما شاء، إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج، ولا يلتزم بإجابة طلب المريض لعلاجه.

غير أن ظهور الاتجاهات الحديثة في نسبية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية، كان له أثرا فعالا في تقييد تلك الحرية المطلقة للطبيب. إذ رغم التسليم بحرية الطبيب في مزاولة مهنته، إلا أنه يجب عليه ألا يستعملها إلا في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله تم الاعتراف له بها، وإلا كان متعسفا

في استعمال حقه. ذلك أن هناك واجب إنساني وأدبي على الطبيب تُجاه المرضى والمجتمع الذي يعيش فيه، تفرضه عليه أصول ومقتضيات مهنته.

غير أن هذا الواجب لا يعني وجود التزام على الطبيب بقبول علاج كل مريض يطلب منه ذلك، إذ أن هذا الالتزام يتحدد بنطاق معين وفي ظروف وبضوابط معينة.[1]

ويظهر هذا الالتزام جليًا متى كان الطبيب في موضِع المُحتكِر، كما لو وُجد في ظروف لا يوجد سواه لإسعاف أو علاج المريض، سواء كان ذلك راجعا لمكان وزمان العمل، أم للظروف الملحّة التي وُجد فيها المريض، أم لطبيعة عمل الطبيب.

وعلى ذلك فإقرار مسؤولية الطبيب المُمتنع يستوجب توافر نية الإساءة للغير، وهذه النية تُستخلص من ظروف الحال [2]، كوجود المريض في مكان ناءٍ ولم يكن هناك سوى طبيب واحد لمعالجته لا يوجد غيره، أو كوجود المريض في حالة خطر تستدعي التدخل الفوري من قِبل الطبيب، وكان هذا الأخير يعلم ذلك ومن السّهل عليه إسعافه. ففي هذه الحالة يُعتبر الطبيب مخطئا قد أساء إلى المريض، ذلك أن الطبيب اليقظ ما كان ليسلك هذا المسلك لو وجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب الممتنع.[3]

كما أنه ليس للطبيب الذي يعمل في مستشفى عام (حكومي) أن يرفض معالجة المرضى الذي ينبغي عليه علاجهم، أي ممّن يدخلون في نطاق اختصاصه، وينطبق نفس الحكم بالنسبة للطبيب أو المستشفى الخاص الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب عمل معين على علاج العاملين، إذ أن رفض الطبيب العلاج في هذه الحالة يثير مسؤوليته التعاقدية.

وجدير بالذكر أن قيام مسؤولية الطبيب نتيجة إخلاله بالتزامه بتقديم العلاج للمريض والاستجابة لطلب مساعدته، إنما هو مشروط بجملة من الشروط نوجزها فيما يلي:

[1] تنص المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له ".

[2] مصطفى عبد السيد الجارحي: المرجع السابق، ص 47 وما بعدها.
طلال عجاج: المرجع السابق، ص 245.

[3] علي حسين نجيدة: المرجع السابق، ص 312.
عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 346.

البند الأول:

أن يمتنع الطبيب بإرادته عن تقديم المساعدة للمريض وعلاجه

متى امتنع الطبيب عن تقديم العلاج للمريض لوجود أسباب قاهرة دون إرادته كبُعد المسافة، وصعوبة أو استحالة التنقل إلى المريض لم يتوافر في حقه خطأ الامتناع أو رفض علاج المريض. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها [1]، بأن " كل من يمتنع بإرادته عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، طالما كان بإمكانه أن يقدّم تلك المساعدة شخصيا أو بطلب النجدة ودون أن يُعرّض نفسه أو أي شخص آخر للخطر، يرتكب جنحة الامتناع عن تقديم العلاج أو العون ". وتضيف المحكمة في قرارها بأن " محكمة الاستئناف أصابت عندما أدانت الطبيب الذي لم يقدّم العلاج لشخص كان في حالة خطر، بعد أن تأكدت من اجتماع العناصر المادية والمعنوية لجنحة الامتناع عن تقديم العلاج ".

وفي مقابل ذلك إذا كان الطبيب في ظرف قاهر يَمنع تدخّله كاستحالة تنقله إلى المريض فلا مسؤولية عليه[2]. كما يُعفى الطبيب من المسؤولية متى كان لديه مبرّر قوي لرفض العلاج أو التأخر عنه، كما لو كان يعالج مريضا في حالة صحية أهم وأَولى من الحالة التي دُعي لعلاجها مثلا. أو متى كان الطبيب يعمل في المستشفى أي كان موظفا فيه ودُعي لعلاج مريض آخر، ولم يستطع ترك مرضاه في المستشفى، فلا تنهض مسؤوليته.[3]

البند الثاني:

أن يكون المريض في حالة استعجالية خطيرة

إذ يتوجّب قانونا تقديم المساعدة مهما كانت لشخص كيفما كان يواجه خطرا حقيقيا، حالاً ومُحدِقا. حيث تقضي المادة 182 في فقرتها الثانية من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بأنه: " يعاقب بالعقوبات نفسها – أي الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من

[1] Cass. crim: 04/02/1998,D. 1999.S.p 384.
[2] Cass. crim: 26//03/1997,D. 1999.S.p 384.
[3] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: المرجع السابق، ص 136.

20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين - كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان في إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له...". ونفس الشرط أكّدته في المجال الطبي كل من المادتين 9 و 2/44 من مدونة أخلاقيات الطب.

ولاشك أن حالة الخطر التي يوجد فيها المريض وما يحيط بها من ضُعف هذا الأخير وعدم قدرته على إنقاذ نفسه، هي الدافع لتقرير حماية أكبر له وإلزام الطبيب بالتالي للمبادرة بتقديم العلاج والمساعدة له.

وفي هذا السيّاق قرّرت المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانونا أن يعاقب كل شخص امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له، وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير. ومتى تبين أن الطاعنة التي تعمل كطبيبة في اختصاص أمراض العيون قد أعطت للطبيب المداوم التعليمات لإدخال المريضة إلى المصلحة ووضعها تحت المراقبة وبداية العلاج، إلا أن أب الضحية تردّد في إدخال ابنته المستشفى وتأخر عن توفير الدواء المطلوب في حينه. كما مُنعت الطاعنة من دخول المصلحة لمباشرة العلاج بنفسها، فإن العنصرين المادي والمعنوي للجريمة المنسوبة للطاعنة غير مكتملين مما يتوجب نقض القرار القاضي بإدانتها "[1].

وفيما يتعلق بتقدير درجة الخطر فهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، حيث قضى القضاء في هذا أن الظروف المناخية التي أدت إلى جعل التنقل صعبا، لا تسمح للطبيب بأن يمتنع عن معالجة المريض بحجّة أن الخطر الذي يواجهه المريض غير جدي، مما لا يمكن معه إعفاء الطبيب من مسؤوليته عن عدم تقديم العلاج للمريض.[2]

البند الثالث:

[1] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1995/12/26، ملف رقم 128892 قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 182.

[2] Cass. crim: 03/02/1998,D. 1999.S.p 384.
Voir: Isabelle Ferrari: Le médecin devant le juge pénal, http://www.courdecassation.fr. mise à jour le: 02/12/2001.

ألاّ يعرض الطبيب نفسه أو أي شخص آخر للخطر

ومقتضى هذا الشرط ألا يترتب على تقديم العلاج للمريض وتلبية واجب المساعدة أي خطر على الطبيب المعالج أو أي شخص آخر، وفقا لما قضت به الفقرة الثانية من المادة 182 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

فإذا كان الطبيب قد امتنع عن علاج المريض بحجة أنه مصاب بمرض مُعد وليس له من الوسائل أو الأجهزة ما يُمكّنه من علاجه دون أي خطر أو احتمال الإصابة بالعدوى، فلا مسؤولية عليه متى اتخذ باقي الإجراءات المطلوبة من استدعاء الاستعجالات الطبية أو غيرها.

وكما يُسأل الطبيب عن عدم تقديم العلاج أو المساعدة للمريض، فإنه يسأل عن التأخّر أو التماطل في الحضور إلى المريض، كما يُسأل كذلك عن الانقطاع عن معالجة المريض في ظروف غير مناسبة ودون أي مسوّغ قانوني.

ذلك أن الطبيب متى قبل علاج المريض، فإنه يلتزم – إن لم يكن عقديا – فبمقتضى المبادئ القانونية العامة بمتابعة علاجه، وألا يتركه قبل انتهاء هذا العلاج، طالما أن المريض في حاجة إلى جهوده.[1]

ولاشك أن هذا الوضع يتناسب مع ما فرضته مدونة أخلاقيات الطب، حيث منع المشرع الطبيب من الانقطاع عن معالجة المريض، أو تركه دون متابعة أو علاج. فقد نصت المادة 50 من المدونة على أنه: " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرّر من مهمّتِه بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض ".

ومن التطبيقات القضائية العملية لخطأ الطبيب هذا، ثبوت مسؤولية الطبيب عما ترتّب من أضرار نتيجة تأخره عن الاستجابة للنداءات المتكررة التي وجّهها إليه المريض بغرض زيارته وتقديم العلاج له.[2]

---

[1] ويلاحظ أن الطبيب إذا وعد مريضا بالعلاج، ثم تراجع ونكل عن وعده قبل الشروع في العلاج، فإنه يكون مخطئا. وتنعقد مسؤوليته المدنية عما يصيب المريض بسبب ذلك من أضرار. وتكون هذه المسؤولية عقدية، نتيجة إخلال بالتزام عقدي ناشئ عن الوعد بالعقد أو من عقد العلاج نفسه حسب الظروف.
انظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية الحديثة، المرجع السابق، ص 206.
وانظر كذلك: عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 252.

[2] Trib. Grasse : 27/05/1935.Gaz. pal, 1935, 2, Paris, p 341.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الطبيب الجراح يعتبر مرتكبا لخطأ شخصي متى رفض الحضور لرعاية مريضٍ في حالة خطرة، بالرغم من تكرار استدعائه بالهاتف، وإخباره بخطورة الحالة وضرورة التدخل الجراحي العاجل.[1]

وتكريسا لهذا التوجه حُكم بمسؤولية الطبيب عن الضرر الناتج عن خطئه المتمثل في تركه وانقطاعه عن علاج المريض الذي شرع في علاجه من قبل، دون أن يكفل له استمرار العناية الطبية من زميل آخر. إلا إذا أثبت أن إحدى حالات القوة القاهرة هي التي منعته من ذلك [2]. ولنفس السبب قُضي بأن الطبيب يكون مخطئا إذا توقف عن العناية بمريض خلال علاج صعب ودقيق.[3]

كما قضت محكمة جنح الجيزة بمصر بمسؤولية الطبيب عن عدم وضع المريضة تحت ملاحظته في عيادته والتردّد عليها يوميا، حيث تستدعي حالتها ذلك. وأنه لا يُخليه من هذه المسؤولية أن تكون المريضة فقيرة، لأن الطبيب كان عليه أن يبحث هذه الوجهة قبل إجراء العملية لا بعدها. فإما أن يقبل العلاج تحت مسؤوليته ويؤدّي واجبه فيها كاملا بما يعرض عليه، وإما أن يرفض فيتحمّل أهل المريضة المسؤولية ويرسلونها إلى المستشفى أو يتركونها تموت ميتة أخرى لا مسؤولية عليه فيها.[4]

غير أن هناك حالات يجد الطبيب من خلالها لنفسه مبررا لترك المريض والانقطاع عنه، كأن يُهمل في إتباع تعليماته أو يستعين بطبيب آخر خُفية عن الطبيب الأول مما يؤذي كرامته. أو كما لو امتنع المريض عن دفع أجرة العلاج في مواعيدها... ففي مثل هذه الأحوال يجوز للطبيب أن يترك المريض، بشرط ألا يكون هذا الترك في ظرف غير لائق، بمعنى غير مناسب للمريض [5]، وإلا تحمل مسؤولية ما ينتج عن ذلك من أضرار.

نخلص مما سبق أن حرية التصرف للطبيب وإن كانت حقا مشروعا، إلا أنه كسائر الحقوق محكوم في حدود الغاية المُعدّ لها من الناحية الاجتماعية، وعند تجاوز الطبيب لهذه الحدود يصبح

[1] Cons d'Etat : 18/12/1953. Gaz. pal, 1954, 1, Paris, p 160.
[2] Trib. civ. Marseille : 10/02/1938, S, 1938, 2, p 22.
[3] Trib. Paris : 02/12/1957, D. 1958, Somm. 961.
مشار إليهما عند: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: المرجع السابق، ص 206.
[4] جنح الجيزة: 1935/01/26: مجلة المحاماة، السنة الخامسة عشر، القسم الثاني، مصر، ص 216.
يراجع في تفصيل ما سبق: شريف الطباخ: المرجع السابق، ص 42، 43.
[5] تنص المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب:" يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته شرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

متعسفا، الأمر الذي يعرّضه للمسؤولية. ولا يكفي أن يقوم الطبيب بتلبية نداء المريض ويقدم له العلاج اللازم، بل لابد أيضا من إعلام المريض عن ماهية العمل الطبي المراد القيام به، وتبصيره بالمخاطر المُحدِقة بالعلاج وهو ما يُعرف بالتزام الطبيب بإعلام المريض، الذي نتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:
الإخلال بإعلام المريض

لاشك أن احترام إرادة المريض يتمثل في التزام الطبيب بعدم القيام بأي عمل طبي، إلا بعد الحصول على رضاء المريض وموافقته على هذا التدخل. بيد أن هذا الرضاء لا يُعتد به إلا إذا كان وليد إرادة واعية مستنيرة، وهو ما يفترض أن يكون الطبيب قد قام بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته المرضية وبالعلاج المُزمع تطبيقه ومخاطره والخيارات أو البدائل الأخرى إن وُجدت.

فالطبيب ملزم مبدئيا بإعلام مريضه صراحة بحالته المرضية، باعتباره وسيلة ضرورية ليكون هذا الأخير على بينة من وضعه، وليستطيع الموازنة بين التدابير العلاجية التي يمكن أن يتبعها. وفي هذا الصّدد يقول الفقيه المتخصص Jean Penneau: " إنه في الغالبية من الأحيان يجب أن يأتي الإعلام عادة قبل أي عمل طبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير وبالشعور الصحيح تجاه العمل الطبي ".[1]

وما من شك أن التزام الطبيب بإعلام المريض شأنه شأن الكثير من أصحاب المهن الأخرى، يكتسب في المجال الطبي أهمية خاصة كونه أكبر وأكثر حساسية من أي مهنة أخرى. مادام أن الطب مازال أكثر إيهاما وسحرا للمرضى، إذ أنهم يُسْلمون للطبيب ويتخلّون له عن أعز ما يملكون وهي أجسادهم.[2]

---

[1] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 67.
[2] Geneviève Viney et Patrice Jourdain : op. cit, p 487 ets.
عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 147.
Yvonne Lambert - Faivre : L'hépatite C, post transfusionnelle et la responsabilité civile, op. cit, p 291.

وقد تراوحت التعريفات التي أعطيت لالتزام الطبيب بإعلام مريضه بين تأكيد طبيعته الإلزامية وبين كيفيته، وبين من ركّزت على طبيعة المعلومات وحجمها وصفتها.

حيث عرفه جانب من الفقه بأنه: " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بيّنة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة ".[1]

في حين عرّفه البعض الآخر بقوله: " الالتزام بالإعلام في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضاء مستنير".[2]

كما عرفت مقتضى التزام الطبيب بالإعلام الأستاذة جاكلين باز بأنه: " الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض ومن أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه، وقررت بأن الطبيب يقع في الخطأ إذا لم يُعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح ".[3]

وقد حاول القضاء وضع تعريف للإعلام من خلال التركيز على مواصفاته، حيث عرفته محكمة النقض الفرنسية بقولها: " الإعلام L'information يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائما وتقريبيا ".[4]

أما بشأن التعريف التشريعي فنجد نص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب تنص على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ".

---

[1] سعيد سعد عبد السلام: الالتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، درا النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 136.

[2] مجدي حسن خليل: مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 51.

وقريبا من هذا التعريف أن:" الإعلام مقدمة الرضاء ولازمته، إذ الأول هو الذي يجعل الثاني مستنيرا ومتبصرا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية".

انظر: خالد حمدي عبد الرحمن: التجارب الطبية - الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 51.

وانظر قريبا من هذا المعنى: جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 15.

André Demichel : Le droit de la santé, les études hospitalières, Paris, 1998, p 127.

[3] Jacqueline Baz : La responsabilité médicale en doit Libanais, Revue AL- ADL, n° 12, 1970, Liban, p 25.

[4] Cass. 1er civ: 25/02/1997, D. 1997, IR, p 81.

Cass. 1er civ: 07/10/1998, J.C.P ed . G. doc 1, n° 45, 1998. voir: cahier des gestions hospitalières, Mars 2000, n° 160, p 240.

Cass. 1er civ: 09/10/2001, D. 2001, Jur. p 3470.

أما الفقه الإسلامي فقد استعمل مصطلحا أدق من مصطلح " الإعلام " بالمفهوم الحديث، حيث استخدم الفقهاء مصطلح " تبصير المريض "[1]. إذ يذهب الرأي الراجح منهم إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب أو الجراح هو إذن الشّرع وإذن المريض المبني على التبصير بالتدخل الطبي. حيث قرر الفقهاء من ضمن قواعدهم الفقهية أن " المُتوَلّد من فعل مأذون فيه لا يكون مضمونا "، إذ " لا ضمان على حجّام أو بزاغ لم يجاوز الموقع المعتاد بشرط الإذن "[2].

وقد استدل الفقهاء في تدليلهم على ضرورة إذن المريض وتبصيره في أخذ العلاج أو غيره من الأعمال الطبية، بما صحّ عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لددنا رسول الله ρ، فأشار أن لا تلدّوني، فقلنا كراهية ألم المريض للدواء، فلما أفاق قال: " ألم أنهكم أن تلدّوني، لا يبقى منكم أحد إلا لُدّ غير العباس فإنه لم يشهدكم "[3].

والجدير بالذكر أن التزام الطبيب بإعلام المريض لم يتأكد فقها وقضاء وتشريعا هكذا من فراغ، أو لأن الحاجة فقط دعت إليه، بل إن هذا الالتزام يستند إلى عدة أسس ومبادئ شرعية، أخلاقية، إنسانية وقانونية[4] أوجدته وكرّسته، وتضافرت فيما بينها حتى جعلته التزاما أصليا من الالتزامات الهامة الملقاة على عاتق الطبيب.

فالتزام الطبيب بإعلام المريض يعتبر الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة في العلاقة القائمة بينهما[5]. لذلك وجب التأكيد على أن المسألة ليست مسألة التزام علمي يُنقل بقَسوة إلى المريض، إذ يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار أهلية المريض وحالته النفسية.[6]

---

[1] انظر تفصيل ذلك: بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض - دراسة علمية تأصيلية مقارنة، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة والثلاثون، محرم 1432هـ/ ديسمبر 2010، الكويت، ص 271.

[2] فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 137.
وكتابه: رد المحتار على الدر المختار، الجزء الخامس، بدون دار نشر، القاهرة، بدون تاريخ، ص 44.
زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم الحنفي: الأشباه والنظائر على مذهب الإمام أبي حنيفة، المرجع السابق، ص 116.
علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 56، 57.

[3] أخرجه البخاري ومسلم.

[4] يراجع في بيان هذه الأسس: بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض، المرجع السابق، ص 179- 185.

[5] Savatier René: Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, seconde série, Dalloz, Paris, 1959, p 242.
Voir aussi : Savatier René : L'origine et développement du droit des professions libérales, Archives de philosophie de droit 1953- 1954, Sirey, Paris, Déontologie et discipline professionnelle, p 46.
عبد القادر الجباردية: الطبابة أخلاقيات وسلوك، الطبعة الأولى، المطابع التقنية للأوفست، الرياض، 1421هـ، ص 136.

[6] سامي بديع منصور: المسؤولية المدنية (القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود)، تقارب أم تباعد؟، مجلة العدل، العدد الأول، 2005، لبنان، ص 52.

أما بشأن كيفية أو طريقة الإعلام وطبيعة المعلومات [1] المقدمة من الطبيب إلى المريض، فلم يشترط فيها طريقة معينة، فقد يكون ذلك مشافهة أو كتابة، بشرط أن يستجيب للمُواصفات المعيّنة في درجة هذا الإعلام وهي:

- أن يكون هذا الإعلام متدرجا ومتسلسلا.
- أن ينكبّ على معلومات ومعطيات صادقة وصحيحة.
- أن يكون مفهوما.

وعلى ذلك فالمطلوب من الطبيب فيما يتعلق بالتزامه بإعلام المريض أن يقدم المعلومات الصادقة والواضحة والملائمة، والتي تنبع من احترام كرامة وحماية كيان الإنسان [2]. وفي هذا الصدد بيّنت المادة 1/35 من المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 95- 1000 المؤرخ في 1995/09/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها:

" Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale (صادق), claire (واضح) et appropriée (وملائم) sur son état ".

البند الأول:

مضمون الالتزام بالإعلام

لاشك أن المعلومات التي يقف عليها الطبيب أثناء فحص المريض ليست من طبيعة واحدة، كما أن المخاطر التي يتعرّض لها هذا الأخير نتيجة ما ألمّ به من مرض ليست بدورها من درجة

[1] François Chabas : L'obligation médicale d'information en danger, Revue "contrats- concurrence-consommation", Edition du juris - classeur, Mai 2000, France, p 09.
J-F.BURGELIN : Obligation d'information de patient explique aux médecins, 1999, http://www.Courdecassation.fr. mise à jour le: 14/06/2006.

[2] François Chabas : L'obligation médicale d'information en danger, J.C.P. La semaine juridique, Edition générale, n° 11, 15 Mars 2000, p 459.
M. Le Gueut- Develay : La responsabilité Médicale, http://www.Alapage.com. mise à jour le: 15/09/2006.

واحدة. الأمر الذي يجعل الالتزام بالإعلام المُلقى على عاتق الطبيب يَنصبُ بداهةً حول إخبار المريض بطبيعة العلاج وتكاليفه، وكذا الأخطار الناجمة عن مباشرة العلاج والتطور أو الآثار الجانبية المُحتمل حصولها للمريض.

غير أن ما يتعلق بمضمون وحدود الالتزام بالإعلام كان محل خلاف كبير لدى الفقه. بين من يرى أن الواجب على الطبيب إعلام وتبصير مريضه بكل المخاطر التي يتعرّض لها، وأن يكشف له عن حالته على حقيقتها مهما كانت مرارة ما يُفصِح عنه، مُعتقدين أن للمريض حق في ذلك يجب ألا يُحرم منه بحجة أو بأخرى.[1]

وبين رأي راجح يكاد يُجمع عليه الفقه [2] من حيث أن الطبيب لا يُلزَم بلَفت نظر المريض إلى الشّاذ النادِر من المخاطر التي يمكن أن تحدث، إذ لا يمكن أن نطالب الطبيب المشرف على توليد سيدة وشيكة الوضع أن يُخبرها مثلا بأن اثنين من الألف من السيدات الحوامل يَمُتن أثناء الولادة[3]. أو يخبر مريضه المُقبل على إجراء عملية إزالة الزائدة الدودية البسيطة أن كل تخدير يحتمل الإغماء المميت.[4]

وفي هذا الإطار بيّن المشرع الفرنسي من خلال قانون 04 مارس 2002 [5]، والوكالة الوطنية للتحرّي والتقييم في مجال الصحة (ANAES)[6] طبيعة العناصر أو مُشتملات الإعلام، والتي تتمثل فيما يلي:[1]

---

[1] علي حسين نجيدة: التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، السنة الأولى، العدد الثاني، يوليو 1993، دبي- الإمارات العربية المتحدة، ص 240.
ويراجع لتفصيل أكثر كتابه: التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 23 وما بعدها.

[2] G. Durry : Le médecin ne commet pas de faute en n'attirant pas l'attention du malade sur les risques exceptionnels ?, R.T.D.C, 1971, France, p 618.
Jean Penneau : Corps humain, Encyclopédie, Dalloz civil, Paris, 1995, p 16.
Voir aussi : Gérard case, Didier Guerrier : Précis de droit de la consommation, Presse Universitaire de France, Paris, 1986, p 477.
B. Rajbaut : Le Rôle de la volonté en matière médicale, thèse d'état, Paris XII, 1981, p 27.
وانظر في الفقه العربي: منصور مصطفى منصور: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق، والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني، (شعبان 1401هـ/ يونيو 1981م)، الكويت، ص 24.
عدنان إبراهيم سرحان: المرجع السابق، ص 150.

[3] Paul Julien Doll : Les récentes applications juris- prudentielles d'informer le malade et de recueillir son consentement éclaire, Gaz. Pal, 1992, n° 2, France, p 428.

[4] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 64.

[5] L'article 1111/2 de la loi n° 2002 -303 du 04/03/2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé en France.

[6] ANAES (Agence Nationale d'Accréditation et d'Evaluation en Santé) : L'information du malade : recommandations de L'ANAES aux médecins. 2006. http://www.anaes.fr. mise à jour le: 03/05/2010.

1- أن يتضمن الإعلام بيان حالة المريض الصحيّة وتطورها المتوقّع والمنتظر وتشخيص المرض.

2- تشخيص ووصف لحالته وسَير التحاليل والكشوف الطبية، إذ على الطبيب أن يُخبر مريضه بطبيعة الفحوصات والكشوف التي ينوي القيام بها والغرض منها ودورها في تحديد العلاج المناسب.

3- طبيعة العلاج المقترح: على أساس أن طريقة العلاج قد تأخذ أكثر من شكل، فيبين له العلاج الأنفع كما لو كان علاجا كيماويا مثلا، أو علاجا بالأشعة فقط، أو عن طريق الجراحة أو غير ذلك.

4- هدف العلاج وفوائده (ثماره): وهو من باب رفع معنويات المريض النفسية وتشجيعه ومساعدته على الشفاء، إذ على الطبيب أن يوضح هدف العلاج المقترح وإيجابياته ودوره في شفاء المريض أو التخفيف من آلامه ووقف زحف المرض.

5- نتائج التدخل أو العلاج والأضرار المترتبة عنه: بأن يشرح له الشرح الكافي طبيعة النتائج السلبية والأضرار التي تترتب أو قد تترتب عن هذا التدخل أو العلاج، حتى يكون المريض على بينة من أمره.

6- تعقيدات التدخل أو العلاج ومخاطره المحتملة: إذ أن التزام الطبيب بإعلام مريضه ينصب بصفة خاصة حول واجبه بالإعلام عن المخاطر والصعوبات المرتبطة بهذا العلاج أو ذاك [2]. ويتمثل الإعلام بمخاطر العلاج تحديد طبيعة الخطر ومدى جديته ونسبة تحققه وأبعاده.

7- مراعاة الاحتياطات العامة والخاصة للمريض: بأن يخبر الطبيب مريضه بأهم الاحتياطات الواجب اتخاذها لنجاح التدخل الطبي كعدم استعمال الماء، أو عدم التعرض لأشعة الشمس، أو عدم تناول بعض المأكولات وغير ذلك.

[1] لتفصيل أكثر حول مضمون وحدود التزام الطبيب بإعلام المريض: راجع : بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بإعلام (تبصير) المريض - دراسة علمية تأصيلية مقارنة-، المرجع السابق، ص 281 وما بعدها.

[2] Yves Lachaud, Laurence Aveline : La responsabilité médicale pour défaut d'information - de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, Gaz. Pal du 17/06/1999, 1er sem, Paris, p 853.
Jean Penneau : Les fautes médicales, op. cit , p 11.

8- البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى: ذلك أن إعلام الطبيب لمريضه لا يكتمل إلا إذا قام ببيان وشرح البدائل العلاجية الأخرى الممكنة في معالجة حالة المريض، من خلال بيان طبيعتها وبيان منافعها والمخاطر المقترنة بها ونسبة نجاحها والمخاطر التي قد تترتب عنها.

9- آثار رفض العلاج أو البقاء بدونه: لاشك أن الطبيب غير مُلزَم بإقناع مريضه بعلاج أو تدخل طبي معين[1]. إلا أنه ومع ذلك ملزم أن يبيّن للمريض الآثار السلبية والنتائج الضارة التي قد تترتب عن رفض المريض للعلاج أو البقاء دونه، وفي حالة ما إذا رفض المريض العلاج بعد إفادته بكل هذه المعلومات، أوجبت عليه الكثير من التشريعات أن يقدم تصريحا كتابيا بشأن هذا الرفض.[2]

البند الثاني:

حدود الالتزام بالإعلام

لاشك أن مسألة حدود وأبعاد التزام الطبيب بالإعلام في غاية الأهمية، حيث يتجاذبها رأيان بارزان: بين من يرى ضرورة إعلام المريض بكل تفاصيل حالته الصحية والتدخل الطبي، إضافة إلى طُرق العلاج ومخاطره المتوقعة وغير المتوقعة وكذا البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى...، وجميع المعلومات التي تشكل حق المريض في قبول العلاج أو رفضه. وبين رأي آخر يرى أن الالتزام بالإعلام لا ينصبّ إلا على القدر المعقول الذي يتحقق معه معرفة المريض لحالته الصحية وتقدير العلاج المناسب، خاصة وأن المريض ليست له الخبرة والدراية فيما يتعلق بشؤون الطب وتفاصيله[3]. ذلك أن كثرة الإعلام قد تؤدي إلى نتائج عكسية.[4]

إن الغرض من الإعلام كما هو معلوم هو مساعدة المريض وتبصيره من أجل اتخاذ القرار السليم بشأن ما يجب أن يُفعل بجسده، الأمر الذي يمكن معه القول أن هناك عدة عوامل تساهم

---

[1] Cass. 1er civ: 18/01/2000 - 97- 17- 716, Dalloz, 2000, n° 5, R.C et ass, Avril 2000, p 17.

[2] تنص المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب:" يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".

[3] R et J. Savatier, J.M. Auby et H. Pequignot : op. cit, p 311.

[4] "Trop d'information tue l'information". E. Gouesse : consentement, aléa thérapeutique et responsabilité médicale, Gazette du palais, 16 - 17/1996, Paris, p 58.

في تحديد نطاق هذا الالتزام وبالتالي ما يجب الإفصاح عنه من قِبل الطبيب، وما يجب السكوت عنه وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة. ويمكن تلخيصها في ثلاث حالات رئيسية هي :

الحالة الأولى: الإعلام حسب طبيعة المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة: كان الاتجاه السائد لدى القضاء الفرنسي أن الطبيب لا يلتزم بإعـــلام المريض إلا عن المخاطر المتوقعة (Les risques normalement prévisibles) فيما عدى عمليات الجراحة التجميلية.[1]

إلا أنه وابتداء من سنة 1998 بدأ القضاء الفرنسي يُوسّع من نطاق الإعلام الواجب للمريض، مُرسيًا بذلك قواعد جديدة متعلقة بمضمون هذا الإعلام. حيث أوجبت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/07 أن يتم تنبيه المريض إلى المخاطر الاستثنائية أيضا.[2]

ثم أكدت معظم القرارات اللاحقة على أن يكون التزام الطبيب بإعلام المريض بكل صدق وبشكل واضح ومناسب وبكل المخاطر المرتبطة بالتشخيص أو العلاج ولو كانت هذه المخاطر ضئيلة واستثنائية.[3]

وقد سار على نفس النهج مجلس الدولة الفرنسي ليقرّر أن حدوث المخاطر ووقوعها إلا بصفة استثنائية لا تُعفي الطبيب من الالتزام بالإعلام.[4]

والجدير بالذكر أن التزام الطبيب بإعلام المريض لا يقف عند المخاطر المتوقعة منه وغير المتوقعة فحسب بل يجب أن يمتد ليشمل الآثار الجانبية والخيارات والبدائل الممكنة. رغم أن الفقه وعلى اهتمامه بضرورة تبصير المريض بمخاطر العلاج، إلا أنه لم يُولِ نفس العناية بالنسبة للآثار الجانبية للتدخل الطبي أو العلاج ولا للبدائل أو المقترحات.[5]

الحالة الثانية: الإعلام حسب حالة المريض الصحية والنفسية: إن الطبيب أثناء قيامه بالتزامه في إعلام مريضه، يجب أن يراعي جميع الظروف التي يراها مؤثرة وذات أهمية ودور في هذا الإعلام

[1] Christian Pairie, Marc Dupont, Claudine Espen, Louise Muzzin : Droit hospitalier, Dalloz, 2ème Edition, 1999, Paris, p 290.
Pierre Bernard : Le devoir d'information du patient, cahier des gestions hospitalières, France, Mars, 2000, p 210.
[2] Cass. 1er civ: 07/10/1998. Gaz. pal, 1998, II.et Bul .civ.I, n° 291.D. 1999, jur, p 145.
[3] Patrice Jourdain : responsabilité civile, R.D.C, 1999, Edition Dalloz, Paris, p 112.
[4] C. E : 06/03/2000, Marchesi, req, n° 181614. C. E : 17/15/2000, Canas, J.C.P. G, 2001, II, 10462.
C. E : 16/06/2000, Banelli, req, n° 191428.
[5] G. Mainguet: Le consentement du patient à l'acte médical, Paris, 1957, p 24.

من حيث الحالة الصحية والنفسية للمريض، وضرورة أن يكون هذا الإعلام بسيطا ومفهوما وواضحا، بعيدا عن التعقيدات أو المصطلحات العلمية البحتة.

وللإشارة فإن تبسيط المعلومات وتوضيحها للمريض ليس معناه الكذب عليه أو شَرحها بما يُخالف حقيقتها، ذلك أن المعلومات المقدمة يُشترط صحتها وصدقها ووضوحها. وهنا وجب التنبيه إلا أنه قد يُعتدّ بالكذب المتمثل في إخفاء الحقيقة عن المريض، طالما كان ذكر الحقيقة سيؤثر سلبا على نفسية المريض، وبالتالي على حالته الصحية. وأن ذلك سيساعده دون شك في شفائه أو تحسن حالته. وهذا النوع من الكذب مسموح به والذي يهدف إلى الحفاظ على مصلحة المريض ويؤدي إلى تحسّن حالته الصحية.[1]

إن مسألة إخفاء تشخيص المرض الخطير عن المريض تعتبر كاستثناء من الأصل الذي يقضي بأن يُعلِم الطبيب مريضه بكافة حالته الصحية، وهذا يقودنا للحديث عن الاستثناءات التي ترد على مبدأ التزام الطبيب بإعلام المريض في إطار التخفيف من حدود هذا الالتزام ضمن حالة الاستعجال والضرورة.

الحالة الثالثة: حالات الاستعجال والضرورة: ويمكن إجمالها في وجهين:

الوجه الأول: ما يتعلق بالحالات الاستثنائية: وهي التي تدفع بالطبيب إلى التدخل دون حاجة إلى إعلام هذا المريض من خلال :

حالات الاستحالة (L'impossibilité) كما لو كان المريض في غيبوبة تامة أو مغشيا عليه بسبب حادث تعرّض له، أو كان غير قادر على فهم وإدراك واستيعاب ما يقوله له الطبيب وما يقدمه له من معلومات.

أما الحالة الاستثنائية الثانية تتمثل في حالات الضرورة (La nécessité) كما هو الوضع في حالة الاستعجال والضرورة المُلحّة للتدخل الطبي واستحالة إعلام المريض من جهة، وانعدام أقاربه أو استحالة إعلامِهم بحالة مريضهم نظرا لحالة الاستعجال والضرورة من جهة أخرى.

---

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة: القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 113.

ونشير إلى أن أغلب التشريعات تجيز للطبيب إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض، ولكن بشرط إعلام أقاربه أو من يقوم مقامهم. انظر المادة 1/51 من مدونة أخلاقيات الطب. والمادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي، والمادة 2/18 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، والمادة 18 من قانون النقابات الطبية في سوريا.

في حين الاستثناء الثالث يتمثل في حالات النص الصريح في القانون: أين يقصِر القانون الإعلام على المريض وحده، أو على أقاربه فقط دون المريض، أو قد يصل الأمر إلى عدم إعلام المريض أصلا، وإنما يتوجب إعلام السلطات المعنية دون حاجة لإعلام المريض. وتندرج هذه الحالة ضمن حالات الوقاية من الأمراض المعدية [1]، أو ببعض الحالات المحدّدة حصريًا في فرنسا وهي: الإصابة بمرض الزهري، الأمراض العقلية، مُدمني الخمر الخطِرين، مُدمني المخدرات. على أنه يلاحظ أن ما يُعمل به من هذه الاستثناءات عمليًا مقصورٌ في الوقت الحاضر على مُدمني المخدرات.[2]

الوجه الثاني: ما يتعلق بالمريض أو من يقوم مقامه: الأصل أن يتم إعلام المريض بحالته الصحية باعتباره المعني الأول بها، غير أن هذا الإعلام لسببٍ أو لآخر قد يتم لغير المريض كأحد أقاربه أو من عيّنه المريض مسبقا أو لُمثله القانوني.

فبالنسبة للمريض فاقد الوعي: متى كانت حالته لا تسمح بإعلامه بسبب غيبوبته أو لأنه مغشيٌ عليه، فيجوز للطبيب إعلامَ أحد أقاربه ما لم يُعيّن المريض من يقوم مقامه في الإعلام والموافقة على التدخلات الطبية، وفقا لما قضت به المادة 1/51 من مدونة أخلاقيات الطب. كما أنه في حالات خاصة يجب إعلام بمجلس العائلة أو قاضي الوصاية والحصول على موافقته.[3]

أما بالنسبة للمريض القاصر أو عديم الأهلية فإنه يتوجب إعلام ولي أمره أو من ينوب عنه قانونا. رغم أن بعض الفقه [4] يرى بالنسبة للقاصر ضرورة التمييز بين القاصر المأذون له بالإرادة، وهو الذي بلغ سن التمييز ويمكنه التعبير عن إرادته بخصوص عقد العلاج، ومن ثم له الحق في إعلامه بشأن حالته الصحية وطبيعة العلاج المُقترح. بينما يبقى دور ولي الأمر مُنحصرا في النصيحة والاستشارة والموافقة على العقد من حيث جوانبه المالية. وبين القاصر غير المأذون له فلا يمكنه الاكتفاء بإعلامه، وإنما يتوجب إعلام ولي أمره.

وصفوة القول بالنسبة للمريض القاصر، أنه انطلاقا من النصوص القانونية العامة من خلال المواد 42، 43 و 44 من القانون المدني الجزائري وكذا المادتين 82 و 83 من قانون الأسرة

[1] حيث تنص المادة 54 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم على أنه: "يجب على أي طبيب أن يعلم فورا المصالح المعنية بأي مرض معد شخصه، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية".

[2] Jean Penneau : La responsabilité du médecin, op.cit, p 13.

[3] Voir : L'article 209/10 de la loi de la santé publique française modifiée et complétée.

[4] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

الجزائري، إضافة إلى النصوص القانونية الخاصة من خلال المادة 2/154 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم[1]، والمادة 52 من مدونة أخلاقيا الطب [2]، أنه يجب الحصول على موافقة ولي المريض القاصر أو ممثله الشرعي بعد إعلامه المريض.

وختاما نقول أن الطبيب يكون مسؤولا عن خطئه المتمثل في إخلاله بالتزامه بإعلام المريض من خلال امتناعه عن الإعلام كلية – ولو أن ذلك نادر الوقوع –، كما قد يكون غالبا من خلال إعلام الطبيب لمريضه بطريقة غير سليمة وغير صحيحة، وذلك بإخفاء بعض المعلومات عن المريض أو تقديمها له بصورة غير واضحة وغير مفهومة أو غير مناسبة. [3] وقد قرّرت في هذا الصدد محكمة بُوردو Bordeaux أن الإخفاء الجُزئي لبعض المعلومات من الطبيب عن المريض يُشكل خطأ يستوجب المسؤولية.[4]

والجدير بالذكر أنه من الصعوبة الوقوف على معيار يحدّد فيه خطأ الطبيب فيما يتعلق بتقصيره في الإعلام، إلا أن المسلك المستقر عليه لدى القضاء [5] هو مقارنة مسلك الطبيب المُخل بالإعلام بمسلك الطبيب اليقظ المتوسط من أواسط الأطباء وُجد في نفس الظروف المحيطة بالطبيب المسؤول.

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فإذا أخلّ الطبيب بالتزامه في تبصير المريض وبالتالي عدم وجود إذن المريض أو وليّه، أو وجود هذا الإعلام ولكنه غير كافٍ باعتبار التبصير ناقص أو غير صحيح من الطبيب، فقد اختلف الفقهاء – رحمهم الله – في هذه المسألة على قولين :

القول الأول يرى بأن الطبيب ملزم بضمان الضرر المترتب عن الإخلال بالإعلام وهو مذهب الحنفية[6]، المالكية[1]، الشافعية[2] والحنابلة[3]. وهو الذي رجّحه بعض الفقهاء المعاصرين.[4]

---

[1] تنص المادة 2/154:" يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ".

[2] تنص المادة 52:" يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ".

[3] جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 467.

[4] Trib.Bordeaux : 08/03/1965, Gaz. Pal, 1965 - II , p 264.

[5] Cass. 1er civ : 17/02/1998, Bull. civ . I, n° 67, J.C.P 1998, IV, 1811.
Cass. 1er civ : 09/10/2001, Gaz. Pal, n° 329 à 331, 25 au 27 Novembre 2001.
Cour d'appel Paris (1re CH. B) : 06/11/2003, Gaz. Pal, n° 107 à 108, 16, 17 Avril 2004.

[6] محمد بن حسين بن علي الطوري: تكملة البحر الرائق على شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ص 33.

أما القول الثاني فيرى بعدم ضمان الطبيب وهو الذي قال به الإمام ابن حزم الظاهري[5]، وبعض فقهاء الحنابلة.[6]

وتكريسا للقواعد العامة المقررة بموجب نص المادة 323 ق.م.ج، فإن عبء إثبات إخلال الطبيب بواجبه في الإعلام يقع على عاتق الدائن بهذا الإعلام وهو المريض، في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض بهذا الإعلام. ولاشك أن المريض غير ملزم بإثبات التزام الطبيب بالإعلام، لأن مصدر ذلك الالتزام هو القانون، ومن ثم يكفيه إثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على أساس إخلاله بواجب الإعلام.

وتطبيقا للشطر الثاني من المادة 323 من القانون المدني، يلتزم الطبيب بإثبات تخلصه من واجب الإعلام تجاه المريض، وهو ما يتفق مع الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية [7] فيما يتعلق بإثبات الإخلال بالالتزام بالإعلام، ومع ما أكدته المحكمة الإدارية لباريس في حكم أصدرته بتاريخ 1998/05/26[8]، وكذا في حكمين آخرين في 2000/01/05[9].

وأخيرا إذا كان الهدف من تبصير المريض هو السماح له بأن يعبّر وهو على بيّنة تامة بحقيقة وضعه، عن رضائه بالعلاج الذي يقترحه الطبيب، فإن الالتزام بالحصول على هذا الرضاء يمثل تبعا لذلك الوسيلة الأساسية لكفالة احترام إرادة المريض، وهو ما سنتطرق له في الفرع التالي.

الفرع الثالث:
عدم الحصول على إذن المريض ورضائه

مجموعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام الدين عبد الرحمان الحنفي البحراوي : الفتاوى الهندية، الطبعة الرابعة، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ، ص 357.

[1] الإمام برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن فرحون المالكي: المرجع السابق، ص 244، 245.

[2] الحافظ محيي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي: روضة الطالبين، الجزء التاسع، المكتب الإسلامي، الأردن، بدون تاريخ، ص 164، 165.

[3] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 117.

[4] محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق ، ص 533.

[5] الإمام أبي محمد علي ابن حزم الظاهري : المحلى، الطبعة الأولى، الجزء العاشر، المطبعة المنيرية، مصر، 1351هـ ، ص 444.

[6] علاء الدين المرداوي الحنبلي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط1، الجزء السادس، مطبعة السنة المحمدية، مصر، 1376هـ، ص 75.

[7] Cass.1er civ : 25/02/1997, Gaz. Pal, 1997, p 22.

[8] Cour. Adam. Paris : 26/05/1998. voir : Xavier Lesegretain et Stéphanie Chassany : La protection juridique de l'hôpital - berger levraut, décembre 1999, p 111.

[9] Pierre Bernard : op.cit, p 212.

لاشك في قيام رابطة وطيدة بين هذا الالتزام المتمثل في حصول الطبيب على رضاء المريض، وبين الالتزام السابق المتعلق بإعلام المريض، حيث أن رضاء المريض بالعلاج أو الجراحة لن يكون كامل الصّحة، إلا بعد تنويره حول ما يمكن أن تجْلبُه له هذه الجراحة أو ذلك العلاج من مخاطر.

والمستقر عليه قانونا أن الرضا الحرّ والواضح المُعطَى بواسطة المريض الرشيد أو من ينوب عنه قانونا بعد علمه بشروط التدخل العلاجي وآثاره، شرط ضروري لإباحة العمل الطبي. إذ لا يكون العمل الطبي مشروعا إلا إذا رضي المريض به وعلم بأخطاره [1]. حيث يُشترط في العقد الطبي أن يتفق المتعاقدان على شروط العقد، وعلى ذلك ينبغي الحصول على رضاء المريض بشأن طريقة العلاج والمخاطر التي تتبعها باعتبار أنها تمثل شروط العقد الطبي.[2]

وقد عرّف البعض الرضاء بأنه: " عمل عقلي مصحوب بالتروّي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، حيث يرى العقل محاسن الأشياء ومساوئها قبل أن يسمح بارتكاب الفعل الذي سيقع، فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرّفات أمر ضروري لتكوين الرضا وصحته بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والحيلة ".[3]

في حين عرّفه البعض الآخر بأنه: " التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانونا، قادر على أن يُكوّن رأيا صحيحا عن موضوع الرضا ويجب أن يكون صادرا عن حرية بغير إكراه أو غش ".[4]

ونشير إلى أن العقد الطبي مهما بلغت خطورة العمل الذي يكون محلا له، هو عقد رضائي Un contrat consensuel، لا يحتاج إلى شكلية خاصة. بل يكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادة

---

[1] انظر رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، دون دار نشر، القاهرة، 1971، ص 181.
محمود إبراهيم إسماعيل: شرح قانون العقوبات - القسم العام-، دون دار نشر، القاهرة، 1959، ص 447.

[2] أحمد شوقي عبد الرحمن: مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف، بحث منشور ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجز الأول - المسؤولية الطبية- الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 66، 67.

[3] سمير عايد الديات: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، المكتبة القانونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 1999، ص 154.
وقريبا منه: يوسف جمعة يوسف الحداد: المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 185.

[4] محمد بن عبد الله شارع الشهراني: أحكام المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1412هـ، ص 51.

الطبيب وإرادة المريض[1]. حيث يمكن لهذا الأخير أن يُعبّر عن رضائه بأي طريقة كانت، سواء كان صريحا أو ضمنيا.

وقد استقر الرأي [2] على نبذ فكرة التزام الطبيب بالحصول على رضاء كتابي من المريض ما عدى في بعض الحالات الاستثنائية، والاكتفاء بالرضا الشفهي للمريض. وذلك لتعارض الفكرة مع الثقة التي يجب أن تسود علاقة المريض بالطبيب، ومن ناحية أخرى لعدم جدواها في تحقيق الهدف المراد منه، والمتمثل في الإثبات والتخلص من عبئ المسؤولية.

كما قد يكون الرضا الصادر من المريض أو من يمثله ضمنيا، يُستفاد من فعل أو تصرّف أو موقف معين ومن خلال الظروف المحيطة بالموافقة. وهو ما نصت عليه المادة 2/60 من القانون المدني. وصورة ذلك أن يَمُدّ المريض ذراعه للطبيب بعد إعداده ليتولى حقنه، أو أن يجلس المريض على الكرسي أو يمتد على الطاولة من أجل استعمال بعض الأجهزة في الكشف أو التحاليل أو العلاج.

فالفعل في هذه الحالات وغيرها كثيرا ما يكون أقوى دلالة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض من مجرد الكلمات أو العبارات التي ينطق بها أو يكتبها هو أو من يمثله قانونا.[3]

ونشير إلى أنه يجب في هذه الحالات أن تكون إرادة المريض واضحة تماما، وليس محلا للشك، وقاطعة في الدلالة على الإرادة الحقيقية له. إذ لا يكفي أن يتوجّه المريض إلى الطبيب لاستشارته لكي يُستفاد من ذلك قبوله العلاج أو إجراءات الفحص التي تنطوي على مساسٍ بسلامة الجسم، أو أن يتوجه إلى مستشفى للغرض ذاته.

أما عن سكوت المريض عن التدخل الطبي الذي يُباشره الطبيب، فالأصل أن السكوت لا يُعتد به في تعبير المريض عن إرادته، ما لم تُلازمه مُلابسات تدل على الرضا[4]، وهو ما يسمى بالسكوت

---

[1] G. Mémeteau et L. Mélennec : Le contrat médical - La responsabilité civile du médecin, Tome 2 , série "Traité de droit médical", Louis Mélennec Maloine S.A Editeur, Paris, 1982, p 23.

[2] L. Pettier : Le consentement du patient à l'acte médical, thèse d'état, Aix - Marseille, 1991, p 311, 312.
B. Rajbaut : op.cit, p 69, 70.
R. Nerson : Le respect par le médecin de la volonté du malade, Mélanges G. Marty, 1978, p 878.
مشار إليه عند: جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 143.
وانظر في الفقه العربي: علي حسين نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 136، 137.

[3] إيهاب يسر أنور علي: المرجع السابق، ص 101.

[4] مصطفى عبد الحميد عدوي: حق المريض في قبول أو رفض العلاج - دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 1992، ص 57.

المُلابس. كما لا يستفاد من السّكوت الرفض أساسا.[1]

أما بالنسبة للفقه الإسلامي فقد راعت الشريعة الإسلامية إرادة المريض وأَوْلت لرضائه عن الأعمال الطبية وموافقته على العلاج عنايةً خاصة.

إذ يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بأن الطبيب لابد له من الحصول على إذن المريض أو إذن من يتولى أمره.[2]

فإذا لم يُؤذن للطبيب بالعلاج، و لم توجد ضرورة تستدعي تدخله العلاجي، فإن عمله يخرج من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي.[3]

وقد استدل الفقهاء بما صحّ عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لددنا رسول الله ρ فأشار أن لا تلدّوني، فقلنا كراهية المريض للدواء، فلما أفاق قال: " ألم أنهكم أن لا تلدّوني، لا يبقى منكم أحد إلا لُدَّ غير العباس فإنه لم يَشهدُكم ".[4]

ويدل هذا كله على أن إذن المريض البالغ العاقل ورضائه ضروري لإجراء أمر التداوي، فإذا صرّح المريض أو أشار أنه يرفض نوعا من أنواع التداوي فله الحق في ذلك. ولا يجوز إرغامه على قبول علاج ما دون رضائه [5]. ويُستثنى من هذا حالتين يمكن قيام الطبيب فيهما بمباشرة عمل طبي دون موافقة المريض وهما:

فتحي عبد الرحيم: العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانجليزي المقارن، مكتبة الجلاء، مصر، 1979، ص 79 وما بعدها.

[1] تنص المادة 68 من القانون المدني على أنه:" إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ".

[2] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: المرجع السابق، الجزء السابع، ص 305.

أحمد بن محمد الدردير: الشرح الكبير المسمى منح القدير على مختصر خليل - ومعه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العلمية، مصر، بدون تاريخ، ص 29.

الإمام أبي محمد علي ابن حزم الظاهري: المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 444.

الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 121.

[3] هاني بن عبد الله الجبير: الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مجلة العدل (تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية)، العدد الثاني والعشرون، ربيع الآخر، 1425هـ، العربية السعودية، ص 144.

عبد السلام الشريف: المرجع السابق، ص 156.

أحمد إبراهيم: مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1368هـ، مصر، ص 10.

[4] رواه البخاري ومسلم.

[5] محمد علي البار: المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، المرجع السابق، ص 75.

عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 35.

– **الأولى**: إذا كانت حالة المريض لا تستدعي التأخير للحصول على هذا الرضاء نظرا لظروف الاستعجال التي تستلزم سُرعة مباشرة الأعمال الطبية لإنقاذ المريض وحياته من الخطر، ويستند ذلك إلى حالة الضرورة.[1]

– **الثانية**: إذا كان الطبيب مُكلّفا بالقيام بعمله تنفيذا لأمر القانون أو استعمال السلطة، كما هو الحال في الوقاية من الأمراض السّارية أو المعدية [2]. أو القيام بالتطعيم والتدخل في حوادث العمل أو الفحوص العسكرية وغيرها.

ولاشك أن التزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض ليس مجرّد التزام أخلاقي – مبعثه مبدأ الحرية الفردية ومبدأ معصُومية الجسد فحسب– بل هو التزام قانوني، نصّت عليه التشريعات الحديثة، حيث نص عليه المشرع الجزائري في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب بقوله: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدّي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصّرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون "، والمادة 1/154 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم، وكذا المشرع الفرنسي في المادة 36 من مدونة أخلاقيات الطب، والمشرع السعودي في نص المادة 19 من نظام مزاولة المهن الصحية، والفصل الخامس من مدونة قواعد السلوك الطبي المغربي.

ومن خلال تحليلنا لنص المادة 44 السابقة، يتضح لنا أن الرضا الصحيح المنتج لآثاره القانونية، هو الذي يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

– **أولا**: أن يكون الرضا حرا Le consentement libre: من حق المريض أن يصدر رضاه بالعمل الطبي أو الجراحي عن إرادة حرة وعلم صحيح، إذ يجب أن يعلم المريض حقيقة حالته الصحية وأهمية العلاج بالنسبة له، والأخطار التي يمكن أن تنجم عن العمل الجراحي.[3]

---

[1] محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 230.
نزيه نعيم شلالا: الموسوعة القضائية - الكتاب الرابع: الصحة والجريمة (مسؤولية الطبيب والعاملين في الحقل الطبي)، الطبعة الأولى، مركز أدونيس للإعلام والتوثيق، لبنان، 1986، ص 172.
[2] مصطفى الطير: بين الطب والشريعة، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1368هـ، مصر، ص 252.
عامر أحمد القيسي: المرجع السابق، ص 94.
[3] Jean Philipe : La charte du patient hospitalisé, Berger - Levraut, France, 1996, p 73.
محمد عبد النباوي: المسؤولية المدنية لأطباء القانون الخاص، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء- المغرب، 2005، ص 127، 128.
وانظر بحثه: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 94.

والواقع أن رضاء المريض بالعمل الطبي إنما هو في جوهره تعبير عن إرادة الشخص في التعاقد، ووفقا للقواعد العامة يجب أن يكون التعبير عن الإرادة صحيحا حتى يرتب آثاره القانونية.

وصحة التعبير عن الإرادة تستند إلى أمرين: كمال الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب.

فبالنسبة للأمر الأول يجب أن يكون المريض بالغا سن **19** سنة كاملة وفقا لنص المادة **40** من القانون المدني، وعدم اختلال قدراته الذهنية أو مَلكات التصرف لديه.

أما بالنسبة لسلامة الرضاء من العيوب، فيجب أن تخلو إرادة المريض كامل الأهلية من عيوب الإرادة الأربعة: الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

فإذا كان المريض وهو يُعطي رضاءه بالعقد الطبي واقعا في غلطٍ بشأن تخصّص الطبيب، أو مدلّس عليه في هذا الصدد باستخدام لافتات دعاية لأطباء مشتملة على بيانات كاذبة...، فإن مثل هذا الرضا الصادر في هذه الظروف يكون مَعيبًا ممّا يجعل العقد بين الطبيب والمريض قابلا للإبطال لمصلحة المريض.[1]

– **ثانيا**: أن يكون الرضا متبصرا أو مستنيرا Le consentement éclairé: إن اشتراط الأهلية الكاملة في المريض لا يكفي للاعتداد برضائه، إذ لابد أن يكون المريض على بيّنة من كل النتائج المحتملة الناجمة عن رضائه [2]. لذلك ينبغي على الطبيب أن يُعطي مريضه صورةً كاملةً وواضحةً عن حالته الصحيّة والأعمال الطبية التي يقترح تنفيذها، والنتائج المترتبة عنها وما يجب على المريض الالتزام به حتى ينجح العلاج أو العملية الجراحية.

ويُمثل مبدأ " الرضا المتبصر أو المستنير للمريض" جانبا من أكبر الجوانب الأساسية للحرية الشخصية[3]، الأمر الذي يستدعي مراعاته في جميع التدخلات الطبية ما عدى الحالات الاستثنائية كحالات الضرورة والاستعجال أو غيبوبة المريض.

---

[1] مجدي حسن خليل: مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون (يناير 2001)، مصر، ص 391، 392.

[2] M. M. Hannouz et A. R. Hakem : op. cit, p 39.
Sophie Gromb : De l'influence du consumérisme sur l'humanisme médical, Gaz. Pal, du 14 -16 juillet, 1996, p27.

[3] أشرف جابر سيد مرسي: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 83.
نزيه محمد الصادق المهدي: الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 223.

– **ثالثا:** أن يكون الرضا صادرا عن المريض: يتعيّن في الرضاء الذي نبحثه في المجال الطبي أن يكون صادرا عن الشخص المعني وهو المريض. إذ ينبغي – من حيث المبدأ– أن يصدر الرضاء من المريض نفسه، طالما أن حالته الصحية والعقلية تسمح له بذلك.[1]

أما إذا كان المريض غير أهل للتعبير عن رضائه بأن كان قاصرا ناقص الأهلية، أو كان فاقدا للوعي نتيجة غيبوبة أو إغماء، فإنه يتوجّب الحصول على رضاء ممثليه القانونيين وفقا لما تتطلبه المادتين 44 و52 من مدونة أخلاقيات الطب. فيصدر من الولي أو الوصي في حالة القاصر، ومن الممثل القانوني في حالة عديم الأهلية.

غير أن الرأي قد استقر لدى الفقه[2] على أن القاصر الذي يتمتع بقدر كافٍ من التمييز، يمكنه أن يقبل وحده العلاج الطبي الجاري Le traitement courant أو التدخل الجراحي البسيط L'intervention peu grave الذي لا يقوم أي شك حول جدواه للمريض.

فإذا كان القاصر يستطيع القيام بالأعمال التحفظية Les actes conservatoires الخاصة بأمواله لإنقاذ ذمته المالية من خطر حال، فإنه يكون طبيعيا الاعتراف له بالحق في طلب الأعمال الطبية الجارية التي تُعدّ بمثابة الأعمال التحفظية بالنسبة للجسم.[3]

ويؤسس بعض الشُرّاح حق القاصر في الرضا بهذه الأعمال على العرف Les usages إذ أن المادتين 3/389 و450 من القانون المدني الفرنسي، تسمحان للقاصر بأن يتصرف وحده إذا كان العرف يُجري ذلك[4]. وعلى هذا الأساس يذهب الأستاذ R. Nerson إلى أنه يمكن الاستناد إلى النصّين سالفي الذكر، للاعتراف للقاصر بصفة في مخاطبة الطبيب وإبرام العقد الطبي طالما أنه قادر على التعبير عن إرادته مُستقلةً.[5]

[1] منير رياض حنا: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص 89.

[2] R et J. Savatier, J. M. Auby et H. Péquignot : op. cit, p 215.
J.C. Lombois : De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, thèse Poitiers, L.G.D.J, France, 1963, p 133.

[3] جابر محجوب علي: الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 84.

[4] فالمادة 3/389 تجعل للمدير القانوني L'administrateur l'égal سلطة تمثيل القاصر بالنسبة لكل الأعمال المدنية، عدا الحالات التي يجيز فيها القانون أو العرف للقاصر أن يتصرف بنفسه. أما المادة 450 فتوجب على الوصي أن يعنى بشخص القاصر أو أن يمثله في كل الأعمال المدنية، عدا الحالات التي يسمح فيها القانون أو العرف للقاصر أن يتصرف بنفسه.

[5] R. Nerson : op.cit, p 861.

على أن رأيا آخر في الفقه الفرنسي يرفض الاعتراف بأهلية طبية تسمح للقاصر بأن ينفرد وحده بإبرام العقد الطبي والرضاء بالأعمال الطبية، وإنما يرى من الأفضل الاعتراف للقاصر بالحق في إصدار الرضاء، مع تقرير حق الممثل القانوني في الاعتراض على اختيار القاصر.[1]

أما عندما يتعلق الأمر بعمل طبي جدي وهام، أي على درجة من الخطورة فإنه يتوجب على الطبيب تطبيقا لنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الحصول على موافقة الوالدين أو الأشخاص المخولين قانونا في العموم.

يتضح مما سبق أنه رغم القاعدة العامة في خضوع القاصر لسلطة الوالدين أو من يقوم مقامهما، إلا أن ذلك لا يمنع في رأينا من الاعتراف له بالاستقلال والتعبير عن إرادته في بعض المسائل الطبية البسيطة المتعلقة بسلامته البدنية، أو تلك التي لاشك في منفعتها له بناءً على رأي وتوجيه الطبيب.

وأخيرا نقول أن عبء إثبات موافقة المريض على العلاج ورضائه بالتدخل الطبي، ظل قائما على عاتقه منذ مدة طويلة (منذ سنة 1951)، ولم تَحِدْ محكمة النقض الفرنسية عن هذا الاتجاه إلا حديثا جدا، حيث قررت في الحكمين الشهيرين[2] أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب.

ولاشك أن هذا التوجه في اعتقادنا يُساير رأي الفقه[3] الذي نادى منذ مدة بهذا من جهة، كما يتماشى مع قواعد المنطق والعدالة على أساس أن الطبيب عند تحمله لهذا الإثبات إنما يُبرّر العمل الذي أقدم عليه من جهة أخرى.

---

[1] Voir : L. kornprobst et S. Delphin : Le contrat des soins médicaux, éd, Sirey, Paris, 1960, p 30.

[2] Cass. 1er civ : 25/02/1997, Gaz. Pal. 1997, I. juris, p 274 ets.
Cass. 1er civ : 14/10/1997, J.C.P, 1997, II, 22942.
Cass. 1er civ :27/05/1998, J.C.P, 1998, IV, 2626.

[3] R. Savatier, J. Auby et Péquignot : op.cit, p 228.
Jean Penneau : La responsabilité du médecin, op.cit, p 40.
F. Chabas : Vers un changement de nature de l'obligation médicale, J.C.P, 1973, I, 2541, France, p 18.
G. Mémeteau : Le droit médical, coll. Jurisprudence française, éd, Litec, France, 1985, p 368.

المطلب الثاني:
الإخلال بالقواعد الأخلاقية لمهنة الطب

لما كانت مهنة الطب تحتل هذه المكانة الراقية وتسمو بأدائها عن كثير من المهن، فإن القائمين عليها وعلى رأسهم الأطباء حريٌّ بهم أن يُراعوا هذه المنزلة، وأن يَرقُوا بأدائهم للحفاظ على هذه المكانة. إذ أنهم أكثر الناس إطلاعا على عورات الناس وأسرارهم، بل ومعرفة كثير من شؤونهم وظروف حياتهم الصحيّة والاجتماعية.

لذلك كان لزاما عليهم أن يحفظوا للمرضى حقوقهم بأن لا يفشُوا أسرارهم المرَضية وأن يَنصحُوا لهم وأن يلتزموا الصّدق في وصفاتهم وشهاداتهم وتقاريرهم الطبية. ذلك أن عدم مراعاة هذه القواعد الأخلاقية لمهنة الطب من شأنه أن يُعرّض الأطباء للمسؤولية الجزائية فضلا عن المسؤولية المدنية. وعليه سنتناول الأخطاء المرتبطة بهذين الموضوعين من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول:
إفشاء سر من أسرار حالة المريض الصحية

تعتبر مهنة الطب أكثر المهن حاجة إلى السرّية في أدائها من غيرها، ذلك أن متطلبات هذه المهنة وظروفها وإجراءاتها من اطلاع على الأمراض ومعرفة نوعيتها وأسبابها وآثارها، وكشف للعورات واطلاع على الأبدان وغيرها تتطلب بطبيعتها تلك السرية. إذ تفرض قواعد أخلاقيات المهنة على الطبيب في إطار واجب الإخلاص والتفاني، الاحتفاظ بسرّية ما تلقاه من المريض من معلومات أو علمه بحكم طبيعة عمله، كما يجب أن يراعي التزام الأشخاص الذين يقومون بمعاونته باحترام سر المهنة.[1]

[1] جابر محجوب علي: قواعد أخلاقيات المهنة، ص 45.

ويُعرّف السّر الطبي بأنه كل واقعة أو أمر تصِل إلى علم الطبيب، سواء أفْضى إليه بها المريض أو غيره، أو علِم بها نتيجة الفحص أو التشخيص أثناء أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانه.[1]

وقد راعت مختلف التشريعات قديما وحديثا أهمية الالتزام بأسرار المرضى ورعاية مصالحهم في ذلك. فقد جرّم المشرع الجزائري في نص المادة 1/301 من قانون العقوبات المعدل والمتمم، إفشاء أسرار المرضى من قبل الأسرة الطبية، كما أكدت على ذلك المادة 206 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم. في حين نجده قد خصّص فقرة خاصة من خلال المواد من 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات الطب للسّر المهني، تطرق من خلالها لبيان نطاق السّر المهني. في حين نجد المشرع الفرنسي نص على هذا الالتزام في المادة 378 من قانون العقوبات، والمشرع المصري في المادة 310 من قانون العقوبات والمادة 20 من لائحة آداب مهنة الطب البشري، أما المشرع الأردني فقد نص على إلزاميته في نص المادة 355 من قانون العقوبات والمادة 23 من الدستور الطبي الأردني.

أما الشريعة الإسلامية فقد شدّدت على ضرورة المحافظة على كتمان السّر، وحرّمت وشنّعت على من يُفشي الأسرار ويذيعها. ذلك أن الله I أحاط كرامة الإنسان بحصونٍ واقياتٍ حتى لا يُهتك له سترًا ولا يُفضح له سرًا ولا يُشاع له أمرًا.

" والطبيب من حيث العموم مُؤتَمن على سِـــرّ المريض الذي يعالجه، فلا يجوز له إفشاء هذا السر لما فيه من خيانة الأمانة ولما فيه من الغيبة المحرّمة ".[2]

وقد استدل الفقهاء على وجوب كتم السر وعدم إفشائه بجملة من النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، من ذلك قول النبي ρ: " إذا حدّث الرجل الحديث ثم التفت فهي أمانة "[3]. كما

[1] موفق علي عبيد: المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، المرجع السابق، ص 68.
أسامة إبراهيم علي التايه: مسؤولية الطبيب الجنائية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار البيارق، عمان - الأردن، 1999، ص 98.
وانظر قريبا من هذا المعنى وبتفصيل أكثر: محمود محمود مصطفى: مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته - دراسة مقارنة-، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الحادية عشر (يناير 1941)، مصر، ص 655 وما بعدها.
[2] عبد الرحمن بن حسن النفيسة: حكم ما إذا كان يجوز للطبيب نصح من استشاره عن طبيعة المرض الذي يعاني منه أحد المرضى الذين يعالجهم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السادس والأربعون، السنة الثانية عشر (محرم، صفر، ربيع الأول) 1421هـ، السعودية، ص 218.
محمد سليمان الأشقر: إفشاء السر في الشريعة الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث، 1415هـ/1994م، جدة، ص 24.
[3] رواه الترمذي في سننه.

قال أنس بن مالك رضي الله عنه: " أسرّ إلي النبي صلى الله عليه وسلم سرًا فما أخبرت به أحدا بعده، ولقد سألتني أم سُليم فما أخبرتها به ".[1]

ولاشك أن الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بحفظ السّر الطبي هما العقد والقانون. ففي العقد الذي يُبرمه المريض مع الطبيب الذي يختاره ويُفضي إليه بسر أو يطلع فيه الطبيب على ما يُوجب الكتمان، فإن الالتزام بحفظ السّر ينشأ من العقد وهو مرتبط به ومتلازم معه.[2] ويتقرر هذا الالتزام سواء نص عليه العقد صراحة أو لم ينص، لأنه من مقتضيات العلاج، ذلك أن مضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.[3]

أما إذا لم يكن هناك عقد، كما لو كُلِفَ الطبيب بالكشف على مريضٍ لا يعرفه أو استدعي لمعالجة ناقص الأهلية أو عديمها، ورأى أو سمِع ما يُوجب الكتمان فإن الالتزام هنا ينشأ من مبدأ احترام الشخصية الإنسانية، والتقيّد بهذا المبدأ هو من النظام العام، ذلك أن إفشاء السّر يشكل جريمة خُلقية قبل أن يكون جريمة مدنية أو جنائية[4] توجب مسؤوليته.

فإفشاء الطبيب لأسرار مرضاه يُعتبر إخلالا منه بالالتزام القانوني القاضي بعدم إلحاق الضرر بالغير، إذ بإفشائه لسر مريضه يكون قد ألحق ضررا أدبيا بهذا الأخير، وبالتالي يكون قد ارتكب خطأ مهنيا فضلا عن ارتكابه لجريمة إفشاء الأسرار.

ولاشك أن وصف جريمة إفشاء السّر الطبي تقوم متى توافرت أركانها، والمتمثلة فيما يلي:

---

[1] رواه البخاري في كتاب الاستئذان.
الحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني: فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة الأولى، الجزء الحادي عشر، دار السلام الرياض، 1421هـ/ 2000م ، ص 98، 99. حيث يقول في كتاب الاستئذان (باب حفظ السر) : " فيه دليل على حفظ الأسرار حتى بعد الموت مادامت فيه مصلحة، ما لم يكن إفشاؤه مستحبا ".

[2] عبد السلام الترمانيني: السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني (شعبان 1401هـ/يونيو 1981م)، الكويت، ص 42.
وائل محمود أبو الفتوح العزيزي: المرجع السابق، ص 329.

[3] تنص المادة 2/107 من القانون المدني المقابلة للمادة 1135 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ".

[4] يوسف الكيلاني: سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني (شعبان 1401هـ/ يونيو 1981م)، الكويت، ص 70.
سمير عبد السميع الأودن: مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 314.

أولا: أن يكون هناك سرّ طبي: ويُقصد بالسّر الطبي كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواء أفضى به إليه المريض أو الغير أو عَلم به نتيجة الفحص أو أثناء التشخيص أو بمناسبة ممارسته لمهنته أو بسببها، وكان للمريض أو لأسرته أو الغير مصلحة مشروعة في كتمانه.[1]

ثانيا: أن يكون هذا السّر قد أؤتُمن عليه الطبيب: حسب نص المادة 301 من قانون العقوبات، فإن الأمين على السر يشمل الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات، وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على هذا السر. وما من شك أن الصيادلة معنيون بهذا الالتزام، ذلك أن مهنة الصيدلة هي الأخرى تجعل من الصيدلي يطلع على أسرار المرضى ولو بطريقة غير مباشرة، عن طريق الوصفة الطبية أو غير ذلك.[2]

ثالثا: أن يكون هناك إفشاء لهذا السر: الإفشاء هو كشف السّر وإطلاع الغير عليه مع تحديد أو تعيين الشخص (المريض) صاحب المصلحة في كتمانه [3]، أو حتى الكشف عن هويته أو عن بعض ملامح شخصيته التي من خلالها يمكن معرفته وتحديده.

ولا يُشترط في هذا الإفشاء صورة معينة، فقد يتم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، سواء عن طريق المشافهة أو المكاتبة أو الإشارة أو النشر في الصحف أو المجلات أو المواقع الإلكترونية أو غيرها. كما لا يُشترط أن يكون الإفشاء على ملأ من الناس، بل يكفي أن يكون إلى شخص واحد.

رابعا: القصد الجنائي: لاشك أن مجرد الإفشاء مع العلم كافٍ لتوافر هذا الركن، ذلك أن القصد الجنائي في هذه الجريمة هو القصد العام إذا صدر مصحوبا بالعلم وإرادة ارتكاب فعل الإفشاء.[4]

---

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 300.
محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 120.
[2] محمد وحيد محمد محمد علي: المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، 1993، ص 225.
[3] رمضان جمال كامل: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 181.
[4] بن صغير مراد: رسالته السابقة، ص 92.
إيهاب يسر أنور علي: المرجع السابق، ص 230.

ونشير إلى أن عدم مساءلة الطبيب جنائيا لانتفاء القصد لا يمنع من مسائلته مدنيا عن الأضرار التي سبّبها، وهذا ما يجعل إفشاء السّر الطبي خطأ مدنيا مهنيا من قبيل الأخطاء الموجبة للمسؤولية المدنية، مادام يعتبر خروجا وانحرافا عن الأصول الفنية لمهنة الطب ومخالفا لقواعدها.

وقبل أن ننهي موضوع إفشاء سر المريض، نَود أن ننبّه إلى أن التزام الطبيب بالسر المهني ليس مطلقا، بل تَرِد عليه استثناءات تُجيز له الإفشاء حسب الأحوال. و لم ينص القانون الجزائري على أسباب الإباحة لإفشاء سر المهنة إلا في حالة إذن القانون وتصريحه بذلك [1]، شأنه شأن المشرع المصري والفرنسي، خلافا للمشرع الكويتي الذي نص صراحة في نص المادة 06 من القانون رقم 25 الصادر سنة 1981 المنظم لمهنة الطب وطب الأسنان على أربعة حالات واردة على سبيل الحصر لإفشاء السر المهني [2]، وكذلك المشرع السعودي الذي نص في المادة 21 من نظام مزاولة المهن الصحية على خمسة حالات واردة على سبيل الحصر هي الأخرى لإفشاء السر الطبي.

ولما كان موضوع الالتزام بالسر المهني قد تقرّر كما رأينا حفاظا على مصلحتين هامتين وأساسيتين وهما المصلحة الفردية للمريض، والمصلحة العامة للمجتمع. فإننا نرى أن إفشاء السر المهني إنما يتم نزولا عند تحقيق المصلحة الخاصة للأشخاص وتحقيقا للصالح العام [3]. وعلى ذلك فإن أسباب إفشاء سر المهنة الطبي تتمثل في حالتين وهما:

البند الأول:

أسباب الإباحة المقررة لمصلحة الأشخاص

وهي الحالات التي يُباح من خلالها جوازيا أو وجوبيا إفشاء أسرار المرضى لارتباطها بالأشخاص ومنها:

---

[1] تنص المادة 54 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم على أنه:" يجب على أي طبيب أن يعلم فورا المصالح المعنية بأي مرض معد شخصه، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية ".
وتنص المادة 206 من نفس القانون على أنه:" يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة أن يلتزموا بالسر المهني، إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية ".

[2] أحمد رجائي الجنيدي : مداخلته ضمن مناقشات ندوة " الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية"، الدورة الثامنة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة ببندر سير باجوان - سلطنة بروناي دار السلام، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثامن، الجزء الثالث (1415هـ/1994م)، جدة، ص 372.

[3] Le secret professionnel et l'hôpital, premier guide juridique et pratique, Paris, assistance hôpitaux, 1989, p 05.
سيد حسن عبد الخالق: النظرية العامة لجريمة إفشاء الأسرار، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس- القاهرة، 1987، ص 415.

أ- حالة رضا المريض بإفشاء السر: إذا كان من حق المريض حفظ وكتمان سرّه، فإنه من حقه كذلك أن يُقرر إعفاء الطبيب وتخليصه من التزامه بحفظ هذا السر.

ويرى البعض أن رضا صاحب السر بالإفشاء ليس سببا لإباحة الإفشاء، لأن الجريمة تقع على المجتمع وليس على صاحب السر وحده. بالإضافة إلى أن صاحب السر قد يجهل بعض جزئيات المرض أو الحالة الصحية أو الواقعة محل السر، وربما لو علمها لم يرخص لطبيبه بالإفشاء.[1]

غير أن الرأي الراجح والذي نؤيده أن رضاء المريض بالإفشاء يُعدّ سببا لإباحة الإفشاء. والأصل أن رضاءه هو حق شخصي له، لا ينتقل بوفاته إلى ورثته [2]. والصواب الذي نعتقده ونراه أن وفاة المريض تُبيح إفشاء أسراره من حيث العموم، إذ يحق لورثته إفشاء سر مورثهم المريض متى كانت لهم مصلحة مشروعة تبرّر هذا الإفشاء، وألا يترتب على الإفشاء أضرارا بسمعة أو شرف صاحب السّر. فمن حق ورثة المريض البائع مثلا الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب رضاء مورثهم وقت صدور التصرّف الصادر منه كعقد بيع مثلا.

وقد أجاز مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثامن بسلطنة بروناي دار السلام من 01 إلى 07 محرم 1414هـ الموافق 21 إلى 27 يونيو 1993م، في قراره رقم 85/10/83 بشأن السر في المهن الطبية جواز إفشاء السر الطبي بعد وفاة المريض متى كانت هناك مصلحة ترجَّح على مضرّة كتمانه بناءً على قاعدة ارتكاب أهوْن الضّررين لتفويت أشدّهما.[3]

وبذلك تتفق الفتوى الشّرعية للمجمّع مع ما أقره المشرع الجزائري في المادة 41 من المدونة.

وقد أورد الإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني تفصيلا جيدا في المسألة حيث يقول: " وقال ابن بطال الذي عليه أهل العلم أن السّر لا يُباح به إذا كان على صاحبه منه مضرة، وأكثرهم يقول: أنه إذا مات لا يلزم من كتمانه ما كان يلزم في حياته إلا أن يكون عليه فيه غَضاضة. قُلتُ الذي يظهر انقسام ذلك بعد الموت إلى ما يباح، وقد يُستحبُ ذِكره ولو كَرِهه صاحب السر كأن

[1] منير رياض حنا: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص 171.
[2] تنص المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق".
[3] أبي محمد عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام السلمي: المرجع السابق، ص 83.
جلال الدين عبد الرحمن السيوطي: المرجع السابق، ص 87.

يكون فيه تزكيةً له من كرامة أو مَنقبة أو نحو ذلك. وإلى ما يُكره مطلقا، وقد يُحرم وهو الذي أشار إليه ابن بطال، وقد يجب كأن يكون فيه ما يجب ذكره كحق عليه كان يُعذر بترك القيام به فيُرجى بعده إذا ذكر لمن يقوم به عنه أن يفعل ذلك ".[1]

ب– حق الطبيب في كشف السر للدفاع عن نفسه أمام المحاكم: استقر الرأي على أن للطبيب الحق في كشف السر دفاعا للمسؤولية في إطار حقه في الدفاع عن نفسه [2]، عندما يُتهم بارتكاب جريمة جنائية كالإجهاض أو الاغتصاب أو ارتكاب خطأ في التشخيص أو العلاج أو التحاليل أو غيرها. إذ من حقه تقديم الوثائق والأوراق الطبية التي تثبت إصابة المريض بمرض يحُول دون ارتكاب الطبيب للجريمة أو الخطأ الطبي.

ونشير إلى أن الكشف عن السّر لا يكون إلا أمام سلطة الاتهام أو جهة المُحاكمة كالنيابة أو القضاء أو في إطار التحقيق أو أمام الجهة التأديبية لمجلس أخلاقيات مهنة الطب دون غيرها.

البند الثاني:

أسباب الإباحة المقرّرة للمصلحة العامة

أوجب المشرع على الأطباء إفشاء سر المهنة تحقيقا للصالح العام متى أباح لهم القانون ذلك، إذ أن هناك اعتبارات اقتصادية واجتماعية وأمنية وسياسية وإحصائية، تكون أولى بالإتباع وأجدر بالمراعاة تحقيقا لمصلحة المجتمع التي تقضي في بعض الحالات الخروج عن قواعد السر المهني. ومن تلك الحالات نجد:

أ– التبليغ عن الأمراض المُعدية: ألزم المشرع بموجب المادة 54 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم أي طبيب عَلِم بأي مرضٍ مُعدٍ بعد التشخيص، أن يُعلم فورا المصالح الصحية المعنية. فتلك ضرورة من ضرورات الحفاظ على الصحة العامة وصحة الأشخاص المحيطين بالمريض بصفة خاصة، لذلك وجب أن يُعلِموا الأجهزة المسؤولة في الدولة عن الأمراض

[1] الحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني: المرجع السابق، ص 99.
[2] محمد عبد الظاهر حسين: المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، المرجع السابق، ص 129.

المعدية كالإيدز، الطاعون، الكوليرا، الإنفلوانزا باختلاف أنواعها... وغيرها، حتى لا يعُمّ خطرها. لأن الطبيب في ذلك أمين على صحة المجتمع.[1]

وإن كانت الضرورة تقدر بقدرها فإنه ينبغي على الطبيب في مثل هذه الحالات أن يقصُر إبلاغه على جهة الاختصاص، إذ لا يباح له إفشاء السر إلى غير تلك الجهة.

ب- التبليغ عن الجرائم: وهي الجرائم التي علم بها الطبيب أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها، فقد استثنى المشرع من تطبيق المادة 301 من قانون العقوبات أفعال الإفشاء التي يلزم القانون فيها الطبيب بالإبلاغ، فلا يُتابَع على أساس إخلاله بإفشاء السر. وقد أعفى القانون الأطباء من التقيّد بالسر المهني متى تعلق الأمر بحالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارستهم لمهنتهم، ويلحق ذلك التبليغ عن جرائم التسميم وجرائم التعذيب وغيرها.[2]

ج- التبليغ عن المواليد والوفيات: ولاشك أن هذا أمرٌ تقتضيه أيضا المصلحة العامة، حيث يُلزم القانون بالتبليغ في أحوال عديدة على الأطباء والقوابل - في حالة عدم وجود الأب أو الأقارب البالغين- الذين حضروا الولادة، إلى الجهات المختصة بذلك، ونفس الالتزام يُلقى على عاتق الأطباء بالنسبة للوفيات.

د- تحقيق حُسن سَيْر العدالة: لاشك أن المصلحة العامة والسّير الحسن للعدالة يقتضيان من الطبيب المساهمة في الكشف عن الحقيقة، ولما كان قيام الطبيب بعمله يتطلب الكشف عن الأسرار بناء على تكليف من القضاء، زال المنع وتحرّر الطبيب من قيده.[3]

فمتى طُلب من الطبيب الإدلاء بشهادته أمام القضاء وفقا للمادة 301 من قانون العقوبات وجب عليه الامتثال لذلك دون التقيد بالسر المهني.

أما فيما يتعلق بعمل الطبيب باعتباره خبيرا، فمن البديهي أن يقدّم الطبيب تقريرا إلى المحكمة متضمنا ما توصل إليه عن حالة الشخص المرَضية، متى كانت المحكمة قد انتدبت هذا الطبيب لعملٍ من أعمال الخبرة. وحينئذ فلا يُنسب إليه خطأ إفشاء أسرار المريض وذلك بشرطين: الأول أن

---

[1] سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 327.

[2] تنص المادة 12 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان، المدعو لفحص شخص سليب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك لمجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك ".

[3] علي داوود الجفال: المرجع السابق، ص 46.

يقدُم التقرير للمحكمة وحدها [1]، والثاني أن يكون الطبيب الخبير قد عمل داخل الحدود التي حددتها المحكمة.[2]

وعلّة الإعفاء هنا أن الطبيب الخبير يكون ممثلا للمحكمة، وعمله جزء لا يتجزأ من عملها، فإذا أفضى بالسر إلى المحكمة فهو لا يُفضي به إلى الغير، بل إلى نفسه.[3]

هذه في الجملة الاستثناءات التي تبيح للطبيب كشف أسرار مرضاه، ونَود أن نشير في ختام هذه المسألة أن تحرير الطبيب للوصفة الطبية وتقديمها من قِبل المريض للصيدلي لا يُعدّ كشفا لأسرار المريض. غير أن تحرير الوصفة الطبية ترتبط بها أخطاء أخرى تثبت في جانب الطبيب وتُوجب مسؤوليته المدنية، وهو ما نتناوله باختصار في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:
تحرير الطبيب لشهادات وتقارير طبية غير صحيحة

يُقصد بالتقارير الطبية في جوهرها أنها شهادة تعكس الحالة المرضية لمريض معين والإجراءات الطبية والتشخيص والعلاج الذي يتعلق به. كما قد تتعلق بالحالة الصحية أو العمرية لشخص ما، كما قد تتصل ببيان أسباب وفاة شخص ما بعينه.

وبعبارة أكثر تفصيلا يُقصد بالتقارير الطبية تلك الإقرارات التي تصدر من طبيب أو أكثر تتعلق بغيره، تبين الحالة المرضية والإجراءات الطبية والتشخيص والمعالجة وبيان العاهة ونسبة العُطل وتحديد الإجازات المرضية، أو بيان أسباب الوفاة أو تقدير السّن لغايات الزواج أو غيره، أو بيان لياقة الشخص الصحية للعمل أو شهادة خلو من الأمراض... أو بيان غير ذلك من الأمور الطبية والصحية المتعلقة بشخص معين.[4]

---

[1] Grenoble : 29/01/1909. S. 1909, 2, 120.
أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 203.

[2] رمضان جمال كامل: المرجع السابق، ص 186.
أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 32.

[3] محمود محمود مصطفى: مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، المرجع السابق، ص 676.

[4] محمود صالح العادلي: المسؤولية الجنائية عن التقارير الطبية الكاذبة، ورقة عمل مقدمة لندوة حقوق المرضى والمسؤولية عن الأخطاء الطبية، والتي نظمتها كلية الحقوق بسلطنة عمان، مجلة البحوث الأمنية، العدد 34 (شعبان 1427هـ/سبتمبر2006م)، السعودية، ص 50.

ولاشك أنه متى كانت هذه التقارير صادقة فإنها تؤدي دورها الحقيقي في حركة الحياة، أما إذا كانت غير صحيحة فإنها تُسيء للمجتمع وتضر بمصالحه، إذ تجعل الوقائع المزيّفة ترتدي ثوب الوقائع الحقيقية، فيُعطَى الحق إلى غير مُستحقِيه، وتُنزع الحقوق من أصحابها بدون وجه حق. فتضل العدالة طريقها ويختل ميزان العدل في يد القاضي.

لذا لم يكن غريبا أن تسعى التشريعات نحو محاسبة كل من تُسوّل له نفسه تحرير تقارير طبية كاذبة، فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 226 من قانون العقوبات المعدل والمتمم على تجريم كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قدّم تقارير كاذبة أو بيانات غير صحيحة عن كل ما يتعلق بالمريض أثناء تأدية وظيفته وبغرض المُحاباة لأحد الأشخاص. ونفس المعنى قرّره المشرع المصري في المادة 222 من قانون العقوبات.

كما أن هذا السلوك المشين تقف له بالمرصاد تقاليد المهن الطبية العريقة، وفي هذا الصدد نص المشرع على منع تسليم أي تقرير مُغرض أو أي شهادة مجاملة في المادة 58 من مدونة أخلاقيات الطب. كما شدّد في نفس الإطار بموجب المادة 56 من المدونة؛ على أن تكون الوصفة أو الشهادة أو الإفادة التي يُقدمها طبيب أو جراح أسنان واضحة الكتابة، تسمح بتحديد هوية مُوقّعها وتحمل التاريخ وتوقيع الطبيب أو جراح الأسنان.

وبناءً على ما تقدم يقوم خطأ الطبيب، متى قدّم تقريرا أو شهادة طبية غير صحيحة كلية أو في جزء منها، تُفيد بوجود حالة صحية للمريض خلاف الحقيقة، أو بالعكس نفي أعراض أو إصابات مَرضية ثابت وجودها بالنسبة للمريض [1]. وما أكثر هذه الأخطاء التي تتنافى مع القواعد الأخلاقية لمهنة الطب في واقعنا اليومي، إذ يلجأ إلى هذه الوسيلة كل من يرغب في الحصول على حق أو التخلّص من التزام بدون وجه حق. سواء بالنسبة للموظفين أو العمال أو الطلبة أو غيرهم.

ولقد اعتبرت الشريعة الإسلامية شهادة الزور من أخطر الجرائم، وعدّت مُرتكبَها من أخطر العُصاة لارتكابه هذه الكبيرة العظيمة، إذ هي شهادة يُتوصل بها إلى الباطل من إتلاف نفس وإهدارها، أو أخذ مال بغير وجه حق، أو تحليل حرام أو تحريم حلال.

[1] البشير الشوربجي: مدى مسؤولية الطبيب والمستشفى عن التقارير الطبية، بحث ضمن مجموعة البحوث التي جمعها: عبد المنعم محمد داود: المسؤولية القانونية للطبيب، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1988، ص 105.

وقد أجمع الفقهاء على وجوب العقوبة التعزيرية على شاهد الزور، غير أنهم اختلفوا في كيفية التعزير. مثل التشهير به، الجلد، الحبس، كشف الرأس وإهانته، التوبيخ وعدم قبول شهادته كما في القذف، وكل هذه العقوبات غير مقدرة شرعا، وللحاكم أن يفعل ما يراه مناسبا منها.[1]

هذه في الجملة بعض أهم وأبرز الأخطاء الطبية المتعلقة بالجانب الأخلاقي والإنساني لمهنة الطب، ونتعرض في المبحث الموالي لبيان أبرز الأخطاء الفنية الطبية.

المبحث الثاني:
الأخطاء الفنية الناجمة عن الإخلال بالأصول العلمية المهنية

لاشك أن إخلال الطبيب بالأصول العلمية لمهنة الطب، وعدم مراعاته للقواعد المستقرة لها يشكل جوهر الأخطاء الطبية الموجبة للمسؤولية المدنية. ذلك أن أكثر الأخطاء الطبية وُقوعا وأشدّها وقعًا في الأوساط الطبية والقانونية معا، تلك الأخطاء المرتبطة بالقواعد العلمية المستقرة لمهنة الطب وأصولها الفنية. ولعل من أبرز تلك الأخطاء وأكثرها وُقوعا وانتشارا نجد: أخطاء التشخيص والفحص، أخطاء العلاج، أخطاء التحاليل والأشعة، أخطاء الجراحة باختلاف أنواعها لاسيما الجراحة التجميلية، أخطاء نقل وزرع الأعضاء، أخطاء نقل الدم، أخطاء التوليد والإجهاض وما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي، أخطاء جراحة وتركيب الأسنان، أخطاء التجارب الطبية،... وغيرها من الأخطاء الطبية المتعددة والتي يصعُب حصرها لارتباطها بالتطور العلمي الذي يشهده مجال الطب سواء على مستوى النظريات العلمية والأساليب العلاجية أو على مستوى الأجهزة والآلات الطبية المستخدمة.

[1] الإمام أبي عبد الله مالك بن أنس الأصبحي: المدونة الكبرى، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 57، 58.
برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن فرحون المالكي: المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 210 وما بعدها.
محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: روضة الطالبين،المرجع السابق، الجزء الحادي عشر، ص 144.
الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الرابع عشر، ص 85.
ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، الجزء الخامس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1340هـ، ص 113.

لذلك سوف نكتفي بدراسة الأخطاء الطبية الخمسة الأولى، نظرا لكثرة انتشارها في الأوساط الطبية، وذلك من خلال مطلبين؛ خصّصنا الأول لدراسة الأخطاء المرتبطة بالعلاج، في حين أفردنا الثاني للأخطاء المتعلقة بالتدخل الجراحي.

المطلب الأول:
التطبيقات المرتبطة بالعلاج

إن الغاية من العلاج هي المساهمة قدر المستطاع في شفاء المريض، أو على الأقل الحدّ من أخطار المرض أو تخفيفها ووقف انتشارها. وعلاج المريض يبدأ من تشخيص الطبيب لمرضه ومحاولة كشفه ومعرفته، وذلك عن طريق الفحوص بالأشعة وغيرها من الفحوص المتنوعة، أو عن طريق اللجوء إلى التحاليل الطبية المختلفة. وصولا إلى مرحلة مباشرة العلاج وصرف الأدوية.
ولاشك أن الطبيب ينبغي عليه بذل العناية الفائقة اللازمة أثناء فترة العلاج باعتبار أن له مُتّسع من الوقت، وأن حالة المرض الصحية لازالت بعيدة عن أي تدخل جراحي.
وبناء على ما تقدّم قد يتحقق خطأ الطبيب إما أثناء التشخيص أو الفحص بالأشعّة والتحاليل الطبية، أو أثناء مباشرة العلاج وصرف الأدوية للمريض.

الفرع الأول:
أخطاء التشخيص Fautes de diagnostic

تعتبر مرحلة التشخيص من المراحل المهمة في حلقة العلاج، فهي أول بداية في العلاقة بين الطبيب والمريض، وهي لاشك المحطة التي يعتمد عليها العلاج، بل وكل التدخلات والإجراءات الطبية اللاحقة، فمتى كان تشخيص الطبيب لحالة المريض صحيحا ودقيقا استطاع أن يصِف له

العلاج الملائم لحالته المرضية، وإذا فشل في تشخيص حالة المريض كانت الأعمال اللاحقة الهادفة إلى معالجته وشفائه – بإذن الله– فاشلة هي الأخرى.

ويشكل المفهوم القانوني للخطأ في التشخيص مفهوما معقّدا [1]، ذلك أن مسألة التشخيص هي بمثابة سلاح ذو حدّين. بحيث إذا كانت إشارات ودلائل بعض الأمراض سهلة الاكتشاف، فإنها في كثير من الأمراض الأخرى يبقى يشوبها الغموض أو يكتنفها التناقض في الآراء العلمية.

ويعرّف البعض التشخيص بأنه: " العمل الذي يتضمن استيضاح الحالة المرضية، من حيث الكشف عنها وتبيانها وتحديد معالمها ".[2]

لذلك فتشخيص المرض من قِبل الطبيب المُمارس ليس بالأمر الهيّن، ما يجعل من وظيفة الطبيب في هذا المجال مهمة صعبة ودقيقة [3]. من خلالها تترتب أمور على عاتق الطبيب تستلزم منه التدقيق والفحص الكامل للحالة المرضية المعروضة عليه، من حيث معرفة الجانب التاريخي للمرض (تاريخ المرض) كمعرفة السوابق المرضية، النواحي الوراثية، بداية أعراضه، ومضاعفاته... وغير ذلك مما يُعِينُه على التشخيص الصحيح.

لذلك يتعين على الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية اللازمة، فعليه أن يستمع جيدا للمريض ويحصل منه أو من أهله على جميع المعلومات التي تساعده في الكشف عن المرض. وأن يشرع في فحص المريض فحصا دقيقا مُتلمسًا مواضع الألم، مستعملا في ذلك جميع الوسائل الضرورية. كما يتوجب على المريض من ناحية أخرى أن يكون صادقا مع طبيبه وأن يساعده بإعطائه المعلومات الصحيحة اللازمة، إذ لا مسؤولية على الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجع ا إلى تضليل المريض وكَذِبه وإخفائه الحقائق الخاصة به عن طبيبه المعالج.[4]

ونَودُّ أن نشير إلى أن الخطأ في التشخيص قد يتحقق من ناحيتين: إما إهمال في التشخيص أو غلط علمي يقع الطبيب فيه.

---

[1] D. Malicier, A.Miras, P.Feuglet, P.Faivre : La responsabilité médicale - données actuelles, 2ème édition, E.S.K.A, la cassagne Alexandre, Paris, 1999, p 110.

[2] سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 141.

[3] إلياس أبو عيد: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 97.
علي عصام غصن: الخطأ الطبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص 61.

[4] Cour de Paris : 15/10/1927, semaine juridique, Paris, 1927, p 1401.
انظر: عدلي خليل: المرجع السابق، ص 188.

البند الأول:

الإهمال في التشخيص

يقع على عاتق الطبيب التزام ببذل القدر المطلوب من العناية والحيطة والكفاءة في مجال التشخيص، تمهيدا لتحديد العلاج المناسب.

إذ تثور مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص يُشكّل جهلا واضحا بما هو متفق عليه من المبادئ الأولية في الطب، وهي ما تشكل الحد الأدنى المتفق عليه مع أصول المهنة الطبية. ذلك أن إجراء التشخيص برعونة أو بإهمال قد يفتح الباب للمسؤولية الطبية إذا تأكد أنه تشخيص خاطئ.[1]

ونشير إلى أن صُور الإهمال في التشخيص قد تتعدّد وتتنوّع ومنها ما يلي:

الفقرة الأولى: إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب يُشكل جهلا وإهمالا واضحين بالمبادئ الأولية المتفق عليها، فالغلط في التشخيص بحد ذاته لا يشكل بالضرورة خطأ طبيا [2]، غير أنه يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا أفصح عن جهل جسيم بأولويات الطب أو عن إهمال في الفحص. أو كما لو كانت أعراض المرض ظاهرةً وواضحةً بطريقة لا يفُوتُ معها على طبيب مثل الذي قام بالتشخيص.[3]

وفي هذا الصدد صدّقت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس في حكم حديث لها، حيث قضت بإدانة الطبيب باعتباره مُذنبا نتيجة عدم قيامه بإجراء فحص سريري دقيق لمريضه، وأن هذا الإهمال الذي منعه من التشخيص السليم للمرض، أدّى إلى تأخر التدخل الجراحي وتسبّب في وفاة المريضة.[4]

---

[1] Michel Gilbert : Responsabilité médicale - la faute et l'erreur de jugement, le bulletin, Tiré de n° de Mars 1992. http://www.jurisques.com. mise à jour le: 14/06/2006.

[2] الهيثم عمر سليم: المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة أسيوط، مصر، 2006، ص 506.
صفاء خربوطلي: المرجع السابق، ص 94.

[3] ميلاد سامي: الأخطاء الطبية والمسؤولية القانونية للطبيب، صحيفة القبس، العدد 12158، السنة 36 (الأحد 20 ربيع الأول 1428هـ/ 08 أبريل 2007م)، سلطنة عمان، ص 23.

[4] Cass. 1er civ : 29/06/1999, D. 2000. S, p 30.

الفقرة الثانية: إذا كان التشخيص الذي قام به الطبيب قد تم بطريقة سطحية أو سريعة أو غير كاملة، مما يُنقص لديه الفكرة الكاملة حول طبيعة المرض، وبالتالي طبيعة العلاج المقترح.

وقد قضى القضاء الفرنسي في هذا الشأن أنه متى قامت الأدلة على أن تشخيص الطبيب للمرض إنما جرى بطريقة سريعة عابرة، تنطوي على قدر كبير من عدم الاهتمام والاستخفاف، فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص العابر.[1]

كما قضى القضاء اللبناني بأن تشخيص المرض من قبل الطبيب يقوم على تحديد المرض وتعيين خصائصه وأسبابه، وهي المرحلة الأولى التي يبدأ فيها الطبيب عمله الطبي. وحيث أنه ولما لهذه المرحلة من أهمية فعلى الطبيب أن يلجأ إلى جميع الوسائل الفنية التي يضعها العلم تحت تصرفه، حتى يأتي تشخيصه للمرض صائبا، ولا يكتفي بمجرد الفحص السطحي حتى لا يأتي متسرعا في تكوين رأيه.[2]

وقضت محكمة التمييز الأردنية بأن العاهة التي أصيبت بها الطفلة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة لم يتم علاجه في أوانه بسبب عدم تصوير رقبتها، رغم أن حالتها كانت تشير إلى وجود مثل هذا الكسر المتوقع، مع أن المعالجة تمت تحت إشراف الطبيب ومساعديه. وهذا يشكل خطأ في التشخيص أدّى إلى خطأ في المعالجة، مما يستوجب التعويض عن الضرر الذي أصاب الطفلة.[3]

الفقرة الثالثة: كما تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان خطئه المتمثل في الإهمال في التشخيص راجعا إلى عدم استخدام الطرق والوسائل العلمية الحديثة، أو عكس ذلك بأن استخدم أثناء التشخيص طُرقا ووسائل قديمة تخلّى عنها الأطباء ولم يَعُد معترَفا بها علميا. ولا يتحلّل الطبيب من مسؤوليته إلا إذا كانت حالة المريض والظروف تمنع من استعمال بعض الوسائل الحديثة، كأن

---

[1] Cour de Lyon : 01/12/1981. أشار إليه: عبد الرحمن الطحان: المرجع السابق ص 15.

[2] قرار القاضي المنفرد في بيروت: رقم 1998/1068، بتاريخ: 1998/11/10، مجلة العدل اللبنانية، 1999، ص 136 - 138.
قرار محكمة التمييز اللبنانية - أساس 2001/342، قرار رقم 2001/167، بتاريخ: 2001/05/09. أشار إليه طلال عجاج: المرجع السابق، ص 256.

[3] قرار محكمة التمييز الأردنية: رقم 1990/1246م، بتاريخ: 1991/05/12، مجلة نقابة المحامين الأردنية، عدد سنة 1992، ص 1709.

يكون المريض في مكان منعزل وبعيدا عن أي مكانٍ يمكن إجراء التحاليل والتصوير فيه، أو إذا كانت حالة المريض لا تحتمل التأجيل.[1]

وقد خوّل المشرع الجزائري للطبيب القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج اللازمة للمريض، على أن لا تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية.[2]

ولاشك أن أهمية إجراء التشخيص تتجلّى من خلال حرص المشرع على توفير جميع التجهيزات والوسائل التقنية الكافية الكفيلة بأداء التشخيص على أحسن وجه. حيث مُنع الأطباء بموجب المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب من ممارسة مهنتهم في ظروف من شأنها أن تضرّ بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية. لذلك يرى البعض أن صواب وسلامة التشخيص إنما يعتمد في الغالب على الاستعانة بالوسائل التي وفّرها له العلم [3]، إضافة بطبيعة الحال إلى مراعاة جانب الاختصاص العلمي.

الفقرة الرابعة: عدم مشورة واستعانة الطبيب بغيره من الأخصّائيين: تقتضي مهنة الطب تعاون الأطباء وتبادلهم للخبرات والآراء العلمية، وتكاثف جهودهم لخدمة الصحة العامة، وقد كرّس المشرع هذا المبدأ من خلال نصوص مدونة أخلاقيات الطب.[4]

والجدير بالذكر أن القاعدة العامة لا تلزم الطبيب بالاستعانة بغيره من الأطباء في أمراض لا يوجد ما يدل على خطورتها[5]. إذ أن هذه الاستشارة تدخل من باب الاستثناء عندما تكون حالة المريض صعبة أو عندما يطلب المريض أو أهله مثل هذه الاستشارة[6]، ذلك أن التشخيص هو إجراء

[1] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 210.
[2] انظر المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب.
[3] عمر عبد المجيد مصبح: المسؤولية الجنائية للطبيب عن خطئه في التشخيص - دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد، العراق، 2000، ص 88.
خليل جريج: الخطأ المهني في نطاق العلم الطبي، مجلة القضاء والتشريع، تصدر عن كتابة الدولة للعدل التونسية، تونس، 1964، ص 18.
[4] تنص المادة 45 على أنه:" يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".
[5] أحمد حسن عباس الحياري: المرجع السابق، ص 120.
نزار عرابي: مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص، مجلة المحامون، تصدر عن نقابة المحامين السورية، العدد الثاني، السنة الثامنة والأربعون (فبراير 1983)، سوريا، ص 123.
إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: المرجع السابق، ص 140.
[6] تنص المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك، وعليه أن يقبل إجراء استشارة يطلبها المريض أو محيطه".

شخصي يقوم به الطبيب نفسه، ويكون مخطئا لو استعان بزميل له إلا إذا كان هذا الأخير أكثر تخصّصا.[1]

أما فيما يتعلق بالأطباء الأخصّائيين فإنه يجب عليهم استعمال كافة الوسائل التي من شأنها أن تضمن لهم الدقة في التشخيص والبُعد عن الخطأ. حيث قضت محكمة استئناف مصر بأنه: " وبالنسبة للأطباء الأخصّائيين فإنه يجب استعمال منتهى الشدّة معهم، وجَعلِهم مسؤولين عن أي خطأ ولو كان يسيرا خصوصا إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة ".[2]

البند الثاني:
الغلط في التشخيص

ينبغي القول أن العلوم الطبية لم تبلغ حدّ الكمال بعد، إذ لا تزال هناك العديد من النظريات الطبية محلّ خلافٍ بين العلماء والأطباء. فإذا رجّح الطبيب رأيا على آخر وأخطأ في التشخيص نتيجةً لتشابه الأعراض المِهنيّة رغم اجتهاده وحرصه فلا يعتبر مرتكبا للخطأ.

ويدرك القضاة منذ زمن بعيد الصعوبات والمشاكل التي تواجه الأطباء وهم بصدد القيام بالتشخيص، حتى صار هناك مبدأ قضائي مستقر على أن الغلط في التشخيص لا يمثل في ذاته خطأ طبيا.[3]

فكثيرا ما لا تُساعد الأعراض الظاهرة للمريض في كشف حقيقة حالته، ومن ثم لا يمكن أن يُسأل الطبيب مدنيا ولا جنائيا عن النتائج الخطيرة لأخطائه[4]. وفي هذا الصدد قرّرت محكمة روان

---

[1] Christophe Radé : Cours de responsabilité civile médicale, D.E.S.S. droit de la santé, université Montesquieu - Bordeaux IV, France, sans date, p 26.

[2] قرار محكمة استئناف مصر بتاريخ: 1936/01/02، المجموعة الرسمية، السنة السابعة والثلاثون، رقم 93، ص 262. مشار إليه عند: إبراهيم سيد أحمد: الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 98.
وانظر: قرار محكمة استئناف القاهرة بتاريخ: 1986/09/06، مجلة المحاماة، السنة السابعة والستون، رقم 13، ص 30.

[3] Matei Camerman : responsabilité civile du médecin, les éditions Domat - Montchrestien, Paris, 1932, p 92.
Cass.1er civ : 04/01/1974, B.I n° 4 12/11/1985, R.T.D.C, 86, p 764.
مشار إليه عند: عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المرجع السابق، ص 161.

[4] Henri Joubrel : la responsabilité civile des médecins, imprimerie centrale de Rennes, Rennes - France, 1939, p 120 ets.
وانظر: وفاء حلمي أبو جميل: المرجع السابق، ص 55.

Rouen الفرنسية: " أن الخطأ في تشخيص المرض ولو أدّى إلى إجراء عملية جراحية أوْدَت بحياة المريض، لا يُوجب بذاته مسؤولية الطبيب أو الجراح عن جريمة قتل الخطأ ".[1]

مُؤدّى ذلك أن الغلط في التشخيص لا يُعدّ إذن خطأ طبيا، طالما أن رأي الطبيب كان قد أُيِّد بواسطة الأشعة، " فالغلط في التشخيص – كما أبانت محكمة باريس- المرتكَب عن طريق الجرّاح والذي وصفه بأنه قُرحة Ulcère وفقا لرأي مُدعّم بالأشعة، والذي كان في حقيقته سرطانا بالمعدة Un cancer l'estomac لا يمثل خطأ متميزا ".[2]

كما أكدت محكمة استئناف القاهرة أن الطبيب غير مسؤول عن أخطائه في التشخيص أو عدم مهارته في ممارسته عملية جراحية، ولكنه يُعدّ مسؤولا مدنيا وجنائيا عن خطئه الجسيم إذا ثبت أنه لم يتخذ الاحتياطات التي تستلزمها المهنة.[3]

إن الذي يمكن أن نخلص إليه أن هذه الأحكام تشعر بوجود استثناء حقيقي فيما يتعلق بالأخطاء التي تقع من الأطباء أثناء التشخيص، وتُبدي مرونةً كبيرة تُجاههم فلا يُسألون إلا عن الأخطاء الجسيمة بحسب تعبير القضاء أو التي تدل على جهل مُطبِق بالعلوم الطبيّة.

ودون أن نخوض في تحليل هذا القضاء إلى حدّ إعادة ما سبق أن قرّرناه من أنه لا يُشترط لقيام مسؤولية الطبيب درجة معينة من الخطأ، يكفينا أن نقرّر أن المحاكم قد تأثرت بِكوْن التشخيص أكبر ميدان للخلافات العلمية، وأكثر ناحية في عمل الطبيب استنادا إلى الاحتمالِ واعتمادًا على الحدسِ والتخْمين. وهي لاشك حسب رأينا الذي نجزم به أنها لم تقصد إلا أن يكون غلط الطبيب في التشخيص قد نمى عن خطأٍ واضح أو جهلٍ أكيد بالأصول الطبية، أو نتيجة عدم استعانته بالوسائل والأجهزة الاستكشافية العلمية التي وضعها العلم تحت تصرفه.

[1] Cour de Rouen : 21/01/1923, Gaz. Pal, 1923, 2, p 247.
Voir : Paulette Nègre : op.cit, p 77.

[2] Cour de Paris : 20/02/1946, D. 1948, p 337.
أشار إليه: حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 261.

[3] حكم صادر بتاريخ: 1927/05/02، المجموعة الرسمية للمحاكم، السنة التاسعة والعشرون، رقم 11، ص 21.
مشار إليه عند: محمد سامي الشوا: الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي - دراسة مقارنة - ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002/ 2003، ص 21.

ونشير إلى أن قيام الطبيب بإجراء التشخيص، قد يستدعي أو يستتبع القيام بخطوات وإجراءات طبية أخرى مكمّلة للتشخيص، ومنها على سبيل التحديد القيام بالفحص بالأشعة والتحاليل الطبية.

الفرع الثاني:
أخطاء الفحص بالأشعة والتحاليل الطبية (أخطاء نقل الدم).
Les fautes d'analyse et radiologie (les fautes de transfusion sanguine)

لقد أدى التطور العلمي في مجال التحاليل المخبرية الطبية، إلى أن أصبح عنصر الاحتمال في هذه التحاليل معدوما على وجه التقريب [1]. إذ في مجال تحاليل الدم تكون النتيجة واضحة ومحدّدة تماما، ما لم يحدث إهمال من الشخص القائم بالتحاليل.

وقد استند القضاء الفرنسي على ذلك ليجعل من التزام المكلف بالتحاليل التزاما بتحقيق نتيجة.[2] وتأسيسا على ذلك يُفترض عند تقديم نتائج غير صحيحة للمريض ثبوت خطأ الطبيب الذي أجرى التحاليل، مما يدفعه لإثبات السبب الأجنبي إن هو أراد التخلص من المسؤولية، ويُعفى المريض من إثبات هذا الخطأ.[3]

فالطبيب القائم بالتحاليل لم يلتزم فقط بتقديم علمه لخدمة المريض، بل التزم أيضا بإعطائه نتائج واضحة ومحددة. ولاشك أن الأمر نفسه ينطبق على التزام طبيب الأشعة، إذ يلتزم بتقديم صورة أشعة واضحة وظاهرة، تُبيّن خفايا ودقائق الجزء المصاب من الجسم في تقريره موضحًا فيه علامات المرض الذي يُعاني منه المريض .[4]

[1] عبد الرشيد مأمون : عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 68.

[2] Cour d'appel de Toulouse : 14/12/1959, J.C.P, 1960-2-111402.

أشار إليه: محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 143.

[3] وفاء حلمي أبو جميل: المرجع السابق، ص 77.

محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 381.

[4] سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 209.

البند الأول:
أخطاء الأشعة

إن الأشعة المستخدمة للأغراض الطبية هي فقط تلك التي لها القدرة على اختراق جسم الإنسان والارتداد في اتجاه عكسي أو النفاذ، ويتم تسجيلها على أفلام خاصة. وعندما تخترق هذه الأشعة الجسم تنكسر بصورة مختلفة من عضو لآخر، فتسجل للطبيب شكل الأعضاء حسب درجة انكسار الأشعة في كل عضو.[1]

ومعلوم أن اللجوء إلى الأشعة يعني تعريض جسم المريض لوحدات هائلة من الأشعة، ونظرا لطبيعة وحساسية هذا النوع من العلاج، فإنه يجب على طبيب الفحص بالأشعة إتباع كل قواعد الاحتياط والحذر. والغالب كما هو عليه الوضع الحالي، فإن الطبيب المعالج كثيرا ما يستعين بطبيب متمرّس ومتخصّص في العلاج بالأشعة، واستخدام الأجهزة والآلات الحديثة في هذا التدخل من العلاج.

ونشير إلى أنه لا تكفي العناية الحريصة اليقظة في إجراء الأشعة، بل يلزم فوق ذلك العناية بدراستها وقراءتها أيضا. وفي هذا الصدد قضت محكمة مونبلييه **Montpellier** في حكم لها بأن: " عدم اكتشاف الكسر في الصورة التي أُخذت بالأشعة لا يمكن أن يحمل إلا على أحد الأمرين وكلاهما مُوجب للمسؤولية الطبية، فإما أنه أهمل في تحرّي وجه الدقة في قراءة الصورة، وإما أنه يفتقر إلى الخبرة الفنية المتطلبة في الأخصائي".[2]

ويلتزم طبيب الأشعة بدوره بتحقيق نتيجة مفادها تقديم أشعة واضحة وظاهرة، تبين خفايا ودقائق الجزء من الجسم الذي طلبه الطبيب المعالج. آخِذاً الصورة له ومُبينا علامات وأمارات المرض الذي يعاني منه المريض، ومرفقا به تقرير مكتوب وموقّع عليه من قِبله. واستثناءا من ذلك قد يكون التزام طبيب الأشعة ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، كما هو الأمر في الحالات التي يكون

[1] علاء الدين خميس العبيدو: المسؤولية الطبية عن فعل الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة المنوفية، مصر، بدون تاريخ، ص 353.
[2] Trib. Montpellier: 29/05/1934, D. 1934. 453.
انظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 57.

فيها المرض غير ظاهر في الأشعة أو لم يتوصّل العلم في حدوده ووسائله إلى تحديد طبيعة هذا المرض.[1]

ويرى البعض أن مسؤولية طبيب الأشعة تقوم بمجرد ثبوت خطأ فيها، إلا إذا ثبت قيام السبب الأجنبي، فتنتفي عنه المسؤولية.[2]

غير أن الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة، وذلك بالنظر إلى التقدم الفني الكبير الذي أحدثه العلم في هذا المجال عن طريق تحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها وتزويدها بالإمكانيات اللازمة لمنع الضرر.[3]

وإننا نرى أن هذا التوجه جدير بالتأييد، ذلك أن التزام طبيب الأشعة إنما هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها تقديم صورة أشعة واضحة ظاهرة، تبيّن خفايا ودقائق الجزء المصاب من الجسم في تقرير يوضح فيه علامات المرض. ولعل ما يُعضد وجهة نظرنا ما يراه بعض الفقه من أن التزام طبيب الأشعة يتماشى ونطاق الالتزام بضمان سلامة المريض، لما عرفه مجال طب الأشعة من تقدم علمي فائق يندر معه احتمال ارتكاب الخطأ.[4]

وقد قضت في هذا الشأن محكمة غرينوبل (Grenoble) الفرنسية بمسؤولية طبيب الأشعة في قضية شهيرة تتلخص وقائعها في أن:" سيدة تقدمت إلى أحد الأطباء تشكو خراجا (tumeur) في الثدي، فعالجها بالأشعة عدة مرات. ظهرت بعدها أعراض حروق شديدة في وجهها ناشئة عن الأشعة، و لم يثبت في حق الطبيب أي خطأ في ذات العلاج من حيث وجوبه أو نوع الأشعة أو مقدارها أو سلامة الآلات المستعملة. وإنما ثبت أن الطبيب بناء على طلب السيدة غيرّ لها وضع

---

[1] علاء الدين خميس العبيدو: المرجع السابق، ص 355.

[2] وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 431.
عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 388. حيث يقول: " ولئن كان الخطر كامنا في استعمالها - أي الأشعة- حين حدوث أي هفوة، بيد أنه ليس معنى هذا أن مسؤولية الطبيب فيها مبنية على خطأ مفترض، إنما مسؤوليته فيها تخضع للقواعد العامة شأنها شأن غيرها من مسؤولية الطبيب التي لطالما اعتبرناها مسؤولية عقدية ".

[3] Savatier René: La responsabilité médicale, op.cit, p 47.
وانظر: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 57.
Paris: 17/07/1936, Gaz. Pal. 1936-2-231.
Paris: 17/02/1933, Gaz. Pal. 1933-1-734.
أشار إليهما: محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 410.

[4] سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 209.
علاء الدين خميس العبيدو: المرجع السابق، ص 356.

رأسها، حيث وضع وسادة تحته لإراحتها عند رقادها للعلاج. فتعرّض بذلك الوجه لجانب من الأشعة الصادرة من الجهاز ".[1]

البند الثاني:
أخطاء التحاليل

يعتبر إجراء التحاليل الطبية من المسائل الطبية الأكثر تطورا وتقدما، ذلك أن التقدم العلمي في المجال الطبي سواء على مستوى النظريات والأساليب العلمية الطبية، أو على مستوى الأجهزة والآلات المستخدمة في الطب، قد أدّى إلى تراجع وانحصار الأخطاء فيما يتعلق بالتحاليل الطبية. باستثناء بعض الحالات الاستثنائية المعقدة، التي لازال لم يحقق فيها العلم تقدما ملحوظا.

وعلى هذا الأساس يكاد يجمع الفقه [2] على تقسيم التحاليل الطبية إلى قسمين: الأول وهو التحاليل الطبية العادية كتحليل الدم أو البول، حيث يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة محددة، مفادها تقديم تقرير صحيح مطابق تماما للحقيقة. تثبت فيه مسؤولية الطبيب بمجرد عدم تحقق النتيجة، كما لو لم يصل إلى التحليل المناسب أو كان تحليله غير صحيح. وعليه فليس للطبيب أي وسيلة للتخلص من المسؤولية في هذه الحالة، إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.

أما القسم الثاني المتمثل في التحاليل العلمية الدقيقة والتي تخرج عما تُجريه المخابر يوميا منها، ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة، وتترك مجالا لأنْ يختلف فيها التفسير كتحاليل الأنسجة وتحاليل الأورام لمعرفة ما إذا كان بها خلايا سرطانية أم لا. فيقتصر التزام الطبيب فيها على بذل العناية واليقظة الوجدانية.[3]

---

[1] Grenoble: 02/02/1928.

وقد تأيد هذا الحكم من محكمة الاستئناف بتاريخ: 1928/10/23.
أشار إليه: حسن زكي الأيراشي، المرجع السابق، ص 332.

[2] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 381.
عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 1421.
شريف الطباخ: المرجع السابق، ص 83.
محمد عبد القادر العبودي: رسالته السابقة، ص 131.
Voir aussi: Savatier René: Sécurité Humaine et responsabilité civile du médecin, Dalloz Chronique, Paris, 1967, p 35.

[3] محمد حاتم صلاح الدين عامر: رسالته السابقة، ص 134.
وانظر: محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 146.

وتماشيا مع هذا التوجه قضت المحاكم الفرنسية كذلك بمسؤولية الطبيب الذي لم يقم بالتحاليل الأولية للمريض قبل أن يصف له العلاج، خاصة إذا كان يَندُر اللجوء إلى هذا العلاج بالنظر لما ينطوي عليه من مخاطر، وما يتطلبه استعماله من ضرورة التأكد من حالة المريض وقدرته على تحمّل آثاره.[1]

كما قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية برفض الطعن بالنقض، مُعلّلة قرارها بكوْن قضاء الموضوع استبعد – في الحالة المعروضة- وجود التزام بتحقيق نتيجة من قِبل الطبيب، بعدما أكّد الخبراء أن الخطأ في تأويل التحاليل يعتبر أمرا ممكنا في تلك الحالة، بناء على المعطيات العلمية للأبحاث السرطانية في ذلك الوقت.[2]

ويعتبر تحليل الدم ونقله من أكثر الإجراءات الطبية المطلوبة في غالبية التدخلات الطبية، لاسيما الجراحية منها. ولما زاد اتساع رقعة التطور العلمي في المجال الطبي، انعكس ذلك على مجال تحليل ونقل الدم، إذ أصبح القيام بإجراء تحاليل الدم أو عمليات نقله من شخص لآخر من أبسط التدخلات الطبية. غير أن هذه البساطة لا تعني عدم وقوع الأطباء في أخطاء تتعلق بنقل الدم، ذلك أن الواقع أثبت خلاف ذلك، وهذا ما يدفعنا لتفصيل أخطاء نقل الدم في هذه الفقرة الثانية.

البند الثالث:

أخطاء نقل الدم: Fautes de transfusion sanguine

لا جدال في أن الدم يلعب دورا رئيسيا في المجال الطبي، لاسيما في العمليات الجراحية. بل إنه في كثير من الأحيان تتوقف عليه حياة كثير من المرضى الذين تدعو حاجتهم إليه.

ولاشك أن عمليات نقل الدم من شخص لآخر تعتبر مظهرا من مظاهر تقدم وسائل العلاج الحديثة، وبغض النظر عن الجدل والنقاش المحتدم الذي كان لدى رجال الدين ورجال القانون والقضاء حول مدى مشروعية وجواز إجراء عمليات نقل الدم بالبيع أو بالتبرع، حيث يلتقي

---

[1] Paris: 02/12/1957, D. 1958, 86. J.C.P, 1958, p 11. Cité Par: Savatier René: op.cit, p 35. Et Cité par: Jean Penneau: La responsabilité Médicale, op.cit, p 38.

[2] Cass. 1er civ: 04/01/1974, série Dalloz, Paris, 1974, p 79.

الجميع في آخر المطاف على جواز التبرع بالدم ومنع وتحريم بيعه.[1] فإن عمليات نقل الدم لازالت تشغل بال الفقه والقضاء على حدٍ سواء فيما يتعلق بالأخطاء الناجمة عنها.

ولعل من أبرز تلك الأخطاء الطبية في مجال نقل الدم عدم مطابقة الدم المنقول لفصيلة دم المريض، أو كوْن الدم المنقول مُلوّث بأحد الفيروسات أو يكون سببا في نقل أحد الأمراض مثل الإيدز (السيدا) والتهاب الكبد الوبائي والجدري والسل وغيرها.

ولما كانت عمليات نقل الدم على هذا القدر من الخطورة رغم بساطتها، فقد أحيطت بجملة من الضوابط والقيود المشدّدة من أجل ضمان سلامة الأشخاص [2]. ولاشك أن هذا التطور يُلقي عبئا مضاعفا على الأطباء في هذا المجال لضمان حماية فعّالة للمتبرّعين بدمائهم، والمرضى المنقولة إليهم هذه الدماء على حدٍ سواء.

وبالنظر إلى هذه التطورات فإن الغالب ألاّ يقوم الطبيب المعالج بتحليل الدم بنفسه، بل يلجأ إلى أطباء متخصّصين أو مخابر التحاليل الطبية أو إلى مراكز نقل أو تحقين الدم كما هو الحال في بلادنا.[3]

وفي مثل هذه الحالات – وإن كان من الثابت إمكانية رجوع المريض بدعوى المسؤولية على طبيبه لأنه يلتزم تجاهه بتقديم الدم السليم الذي يتفق مع فصيلة دمه – ، إلا أن التساؤل يثور حول طبيعة العلاقة القائمة بين المريض والطرف الثالث (مركز تحقين الدم) الذي لجأ إليه الطبيب سواء للحصول على الدم أو تحليله ؟.

---

[1] الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الحديث، القاهرة، 1421هـ/2000م، ص 151.
الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء السادس، ص 358.
الحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 539. حيث يقول :" المراد تحريم بيع الدم كما حرم بيع الميتة والخنزير، وهو حرام إجماعا، أعني بيع الدم وأخذ ثمنه".
وفي الفقه الإسلامي الحديث، انظر: الفتوى رقم 8096 من فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء. جمع وترتيب: أحمد بن عبد الرزاق الدويش، الجزء الثالث عشر (البيوع"1")، الطبعة الأولى، طبع ونشر رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، 1419هـ/1999م، ص 72.
وقد ورد في ذلك حديث عن أبي جحيفة، أن النبي ρ حرّم ثمن الدم وثمن الكلب وكسب البغي... حديث متفق عليه.

[2] Voir la loi française du 04 janvier 1993, relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments, journal officiel: 05/01/1993. D.1993.
وفي الجزائر صدر المرسوم التنفيذي رقم 95 - 108 الصادر بتاريخ 09 أبريل 1995، والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم.
وانظر: المادتين الثانية والثالثة من القرار الوزاري الصادر عن وزير الصحة والسكان بتاريخ 24 ماي 1998 المنظم لعمليات التبرع بالدم ومكوناته.

[3] أنشأت في الجزائر هذه المراكز، وهي تابعة للقطاع الصحي أو المراكز الاستشفائية الجامعية أو المراكز الاستشفائية المتخصصة، بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 والمتعلق بتسوية هياكل نقل الدم.

كان سائدا في الأوساط القانونية أن مركز نقل الدم أو مخبر تحليله يستعير التزام الطبيب في علاقته بالمريض، ليصبح التزامه التزاما بتحقيق نتيجة. غير أن المريض لا يستطيع لانتفاء العلاقة العقدية بينه وبين المركز أن يرجع مباشرة على مدير ذلك المركز أو صاحب المخبر إلا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية التي تُوجب عليه إقامة الدليل على خطئه.[1]

إن هذا الأمر نظرا لصعوبة إثبات خطأ المركز أو المخبر بالنسبة للمريض الطرف الضعيف في إطار إمكانياته المحدودة نتج عنه واقع مأساوي، حيث كثر المصابون بفيروس السيدا (الإيدز) (Virus d'Immunodéficience Humaine VIH) نتيجة عمليات نقل الدم الملوث بهذا الفيروس، وارتفعت نسبة ضحايا نقل الدم بشكل عام.[2]

ونشير في هذا الصدد إلى التقرير الصادر عن رئيس صندوق تعويض ضحايا نقل الدم وتحليله بفرنسا لسنة 1993، الذي أثبت أن ما يقارب 3500 حالة إصابة بالسيدا كانت سبب حوادث نقل الدم، من بينهم 2500 مصاب بالعدوى على قيد الحياة نجحوا في الحصول على تعويض من جراء إصابتهم بدم ملوث، وألف (1000) مستفيد كوارث أو خلَف بالنسبة للضرر الحاصل بسبب تلوث الدم الذي أصاب مُورثَهم أو صاحب الحق الأصلي. في حين أن 1300 مصاب بتلوث الدم نتيجة تحليله (hémophiles contaminés) قد حصل على التعويض.[3]

وقد دفع هذا بالقضاء الفرنسي [4] مُؤيَّدا بالفقه [5] حماية للمرضى بأن يُجيز لهم الرجوع مباشرة على مركز تحقين الدم، استنادا إلى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير. حيث جاء على لسان محكمة

---

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 86.

[2] Yvonne Lambert - Faivre: l'indemnisation des victimes post - transfusionnelles du sida: hier, aujourd'hui et demain..., R.T.D.C, 92 - 1-, janvier - mars 1993, France, p 03.

[3] Yves Jouhaud (président du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles), L'indemnisation du sida post - transfusionnel par le système de la loi du 31/12/1991. Journée de formation: (La responsabilité médicale - justice et indemnisation) du vendredi 23/06/1995, organisée par le C.R.F.P.A d'Orléans, à Tours, France.

[4] Cass.civ: 17/12/1954. J.C.P. 1995 - II. 8490. Note: R. Savatier.
وكان هذا أول حكم في القضاء الفرنسي يؤسس علاقة المريض بمركز نقل الدم على أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير.
Voir aussi: cour d'appel. D'AIX: 12/07/1993. D 1994. J. p 13.
أشار إليه: وائل محمود أبو الفتوح العزيزي: المرجع السابق، ص 385.
Cass. Cham. Soc: 26/01/1995, http://www.droit medical.org. mise à jour le: 13/11/2005.
Cass. 1er civ: 09/07/1996, http://www.droit medical.org. mise à jour le: 13/11/2005.

[5] محمد عبد الظاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 72.
أنور طلبة: المطول في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص 109 وما بعدها.
ويراجع بتفصيل أكبر في الفقه الإسلامي: عباس حسني: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1976.

النقض الفرنسية: " أن الاتفاق المبرم بين المستشفى ومركز نقل الدم كان موضوعه توريد الدم لمصلحة المريض الذي يتلقى علاجه في المستشفى، وهو ما يعني أن هذا الاتفاق بمثابة اشتراط لمصلحة الغير (المريض)، على الرغم من كونه أجنبيا عن العقد " [1]. فيستند المريض بذلك إلى اشتراطٍ لمصلحته في العقد الذي أبرمه طبيبه مع ذلك المركز، وفقا لما قرّرته المادة 116 من القانون المدني الجزائري.

وما من شك أن الإطار الأنسب الذي نراه لرجوع المريض على مراكز حقن الدم إنما يكون على أساس قواعد الاشتراط لمصلحة الغير، لتوافر الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 116 من القانون المدني، ولملائمة تطبيقها على العلاقة الطبية القائمة بين الطبيب والمريض ومركز حقن الدم.

وتماشيا مع هذا التوجه فقد ذهب القضاء الفرنسي في هذا المجال إلى حدّ إلزام الطبيب أو المراكز بنتيجة بصدد عمليات نقل الدم، بمعنى ضمان ألا يترتب على عملية النقل في ذاتها أي أضرار للأطراف[2]، وهذا لاشك نظرا للتقدم العلمي الكافي في هذا المجال. وإن كان هذا لا يعني لنا القول بضمان النتيجة النهائية وهي مدى فعالية الدم في شفاء المريض.

كما أدان القضاء مركز نقل الدم أو بنك الدم بفرنسا، وحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض نتيجة نقل دمٍ معيب لكون مُعطيه حاملا لمرضٍ معين.[3]

كما اعتُبر الطبيب مسؤولا عن الخطأ الحادث في تحليل الدم ومعرفة نوع الفصيلة ولو قامت به الممرضة لأنه كان ينبغي على الطبيب أن يتأكد من مدى تخصّص وكفاءة الممرضة المذكورة.[4]

وفي خطوة جدّية لتكريس حماية أكبر للمرضى، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي من جهته بتاريخ 1995/05/16: " بأن مراكز حقن الدم مسؤولة ولو في غياب أي خطأ عن النتائج

Angèle Hermitte Marie: Le sang et le droit, essai sur la transfusion sanguine, édition du Seuill, Paris, 1996, p 285 ets.

[1] Cass. 1er civ : 17/12/1954. D. 1955, p 269. أشار إليه: وائل محمود أبو الفتوح العزيري: المرجع السابق، ص 492.

[2] Trib. Toulouse: 14/12/1959. D. 1960 - 181, J.C.P. 1960 - II - 11402.
أشار إليه: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 60.

[3] Cass.civ: 17/12/1954. J.C.P. 1955 - II - 8490.
Trib. Des conflits: 14/02/2000, Gaz. Pal, n° 329 à 331, 121e année, (du 25 au 27/11/2001), France, p 59.

[4] Trib. Toulouse: 11/01/1960. D. 1960 - 662.
مشار إليه عند: رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 255.

الضارة الناجمة عن عيب أو نقص في جودة المواد المورّدة "، مُطبقا في ذلك نظام المسؤولية على أساس المخاطر.[1]

نستنتج من خلال استقراء مواقف الفقه والقضاء معا، أن هناك إجماعا على أن التزام الطبيب في مجال نقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة، مؤداها نقل دم سليم وخالٍ من الأمراض والفيروسات، وأن يكون هذا الدم مطابقا لفصيلة دم المريض، وألا يكون هذا الدم مَصدرا للعدوى.[2]

وقد أخذ الفقه والقضاء الفرنسي بقرينة بسيطة مؤداها افتراض خطأ البنك أو المركز، لمجرد إصابة المريض المنقول إليه الدم بفيروس الإيدز مثلا. ولا يُكلّف بإثبات أن سبب الإصابة هو الدم. وبدون شك أن هذه القرينة في صالح المريض المضرور، حيث تعفيه من عبئ الإثبات وتسهّل حصوله على تعويض عن الأضرار التي حلّت به. وهذا ما أكّده المشرع الفرنسي من خلال تقنينه لهذه القرينة.[3]

إن ما يمكن أن نخلص إليه أن كثرة الأخطاء في مجال نقل الدم وتحليله، ونظرا للتطور العلمي الطبي في هذا المضمار، قد دفعت بالفقه والقضاء لتجاوز القول بثبوت الخطأ لتقرير مسؤولية الأطباء أو مراكز نقل الدم. حيث استقر الرأي لديهم على أن الطبيب أو المركز ملزم بتحقيق نتيجة مفادها نقل دم سليم ومطابق لفصيلة دم المريض، ومجرد عدم تحقق هذه النتيجة كفيل بتقرير مسؤوليتهما. وقد تقرر هذا منذ أول قضية تعرض لها القضاء الفرنسي[4] بمناسبة شخص يدعى (G.M) والذي تبرّع بدمه الملوث بعد عودته لألمانيا من الأسر لأكثر من شخص.

[1] Cons. D'ET. Ass: 16/05/1995, J.C.P. 1995, II, 22468. Cité par: Frédérique Deloffre - Vye: op.cit, p 98.

[2] Angelo Castelletta: op. cit, p 192, 193.
Oussoukine Abdelhafid: op.cit, p 159.
Jean Henri Soutoul, Jacques Bertrand et Fabrice Pierre: Le gynécologue face aux juges, Edition Ellipses, France, 1995, p 55, 104. Christophe Radé: op.cit, p 51.
وانظر: محمد عبد الظاهر حسين: مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص 88.
أحمد السعيد الزقرد: تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث، الطبعة الأولى، بدون دار ولا بلد نشر، 1994، ص 54.

[3] القانون رقم 91 - 1406 المؤرخ في 1991/12/31، والمتضمن نظام التعويض عن ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز (VIH).

[4] Trib. civ de Paris : 25/04/1945. D. 1946. Cour d'appel de Paris : 25/04/1948. D. 1948. Trib.civ de Seine : 18/12/1947. D. 1948.
ذكر هذه الأحكام: وائل محمود أبو الفتوح العزيري: المرجع السابق، ص 488 - 490.

ونحن وإن كنا نؤيد هذا التوجه، فإننا نرى مع البعض أن الطبيب أو مركز حقن الدم ملزم بأكثر من تحقيق نتيجة، إذ يلتزم في مثل هذه الأحوال بضمان سلامة المريض من أي إصابة أو تدهور لحالته الصحية نتيجة القيام بنقل الدم إليه.

غير أن القيام بجميع هذه الإجراءات الطبية من تشخيص وفحص بالأشعة وتحاليل ونقل للدم، تبقى إجراءات أولية ضرورية للوصول إلى التدخل العلاجي الجوهري المطلوب، وبالتالي تساهم في تفادي الأخطاء الطبية المرتبطة بالعلاج، وهو ما سنتناوله بالدراسة في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

أخطاء العلاج **Fautes de traitement**

لاشك أن أولى الحقوق الثابتة للمريض عند مرضه، حقه في العلاج وإبعاد المرض عن نفسه قدر الإمكان أو التخفيف منه، باعتبار ذلك يشكل مسالة جوهرية [1]. كيف لا وهو من الحقوق الأساسية للإنسان، إذ كما للإنسان حق في الحياة وحق في سلامة جسمه، فله الحق إذا مرض أن يعالج.[2]

على الرغم من التقدم المضطرد في علوم الطب، حيث يُكتشف بين الفيْنة والأخرى مصل أو لقاح جديد، أو تطوير عقار أو جهاز علاجي لمرض من الأمراض، إلا أن علم الطب يبقى على سباقٍ مع المرض. فالعلاجات قد كثرت وتعدّدت أنواعها فمنها الأمصال أو اللقاحات ومنها الأقراص وغيرها...، وما يصلح لهذا المريض لا يصلح للآخر. ولاشك أن تقدم وتنوع الأساليب العلاجية وتطور الأجهزة الطبية وتعقدها، قد ساهم إلى حدٍ ما في ازدياد نسبة الأخطاء الطبية المرتكبة، ولا أدَلّ على ذلك من ارتفاع نسبة هذه الأخطاء في بلادنا في السنوات الأخيرة.[3]

[1] منصور مصطفى منصور: المرجع السابق، ص 13.
[2] أنظر المادة الثالثة من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217، المؤرخ في: 1948/12/10، والمتضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
[3] أشار الدكتور بقاط بركاني محمد رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب إلى تسجيل 500 شكوى بسبب الأخطاء الطبية عبر الوطن خلال أربعة سنوات. في تصريح لجريدة الخبر اليومية، الثلاثاء 07 أوت 2007م الموافق لـ 23 رجب 1428هـ، ص 06.
في حين أشار أحدث تقرير إلى تسجيل قرابة ثمانية آلاف (8000) خطأ طبي سنويا في الجزائر. صحيفة الخبر حوادث، العدد 205، من 12 إلى 18 جانفي 2009، ص 12، 13.
وفي ظل تضارب الأرقام وغياب إحصائيات رسمية، إلا أن الأمر يوحي بتزايد وثيرة الأخطاء الطبية في الجزائر، مما يدفع إلى ضرورة ضبط إحصائيات رسمية عن الجهات الحكومية المسؤولة، من أجل وضع وتطوير نصوص قانونية للحد أو التخفيف من تزايد الأخطاء الطبية.

وجدير بالذكر أن مرحلة العلاج تعتبر المرحلة الحاسمة والجوهرية بالنسبة للمريض، إذ بعد التشخيص والفحص والتحاليل، يبحث الطبيب في العلاج المناسب للمريض.

ويُقصد بالعلاج (traitement) بأنه " إجراء يصدر عن طبيب مرخّص له يعقب التشخيص، ويتضمن العمل على القضاء على المرض أو الحد منه ".[1]

ونحن في دراستنا لأخطاء العلاج سنتناول مرحلتي وصف العلاج ثم مباشرته في البندين التاليين.

البند الأول:

مرحلة وصف العلاج

من القواعد المقررة في ممارسة مهنة الطب أن الطبيب حر في وصف العلاج الذي يراه مناسبا للمريض في الحدود التي يدخل وصفه ضمن الوصفات التي أًصبحت من المسلمات في حينه.[2]

فحرية اختيار الطبيب لطريقة العلاج مسألة أساسية يجب احترامها من جانب القضاء، ليس فقط بسبب أن القضاء لا يهتم بمناقشة الجانب العلمي، حيث يرى فيها خروجا عن الإطار القانوني. ولكن أيضا لأن مهنة الطب تتميّز كغيرها من المهن الحرّة بوجود المبادرة الشخصية كسِمةٍ بارزةٍ لها، فضلا على أن عامل التخْمين يلعبُ دورا هاما في مجال الطب.[3]

وقد كفلت الشريعة الإسلامية هذه الحرية للطبيب، وفتحت باب الاجتهاد أمام الأطباء للنظر في الأساليب والأدوية العلاجية، وعلى ذلك قرّر فقهاء الشريعة ألا مسؤولية على الطبيب ولو خالف أراء زملائه، متى كان رأيه يقوم على أساس علمي سليم و لم تجني يده (أي لم يرتكب

[1] سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 151.

[2] تنص المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب:" يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ".

[3] قيس بن محمد بن مبارك آل الشيخ: المرجع السابق، ص 183.

أحمد حسن عباس الحياري: المرجع السابق، ص 122.

خطأ)[1]. وقد استدلوا في ذلك بعموم قوله ρ: " من اجتهد فأصاب فله أجران، ومن اجتهد فأخطأ فله أجر واحد ".[2]

وقد استقر القضاء في كل من فرنسا ومصر على تكريس حرية الطبيب في اختيار العلاج، حيث قضت محكمة Aix Provence بأن الطبيب الجراح له حرية اختيار طريقة العلاج التي تبدو له أنها الطريقة الصحيحة والملائمة للحالة المعروضة عليه [3]. كما قُضي أيضا بأنه ليس للمحكمة أن تتدخل في بحث قيام الطبيب بتفضيل طريقة على أخرى من طرق العلاج أو الجراحة.[4]

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية بأن الطبيب يُسأل عن خطئه في العلاج، عندما يكون الخطأ الذي وقع منه ظاهرا لا يحتمل أي نقاش فني. أما إذا كان الأمر يتعلق بمسائل علمية يختلف حولها الأطباء ورأى الطبيب إتباع نظرية دون أخرى فلا لوم عليه.[5]

وفي الجزائر قُضي في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصا أصيب في حادث عمل، نُقل على إثره إلى المستشفى الجامعي بوهران، حيث وُضِعت له جبيرة (الجبس) على رجله من طرف أطباء مصلحة الاستعجالات، غير أنه بعد ثلاثة أيام من يوم إجراء هذا التدخل العلاجي وخروجه من المستشفى معا، شعر بألم حاد فرجع إلى نفس المستشفى حيث اكتشف الأطباء وجود تعفن بالرجل نتيجة لفّها وتغطيتها قبل علاجها وشفائها، مما اضطرهم إلى بترها. فرفع المريض دعوى ضد المستشفى الجامعي لوهران، فكان آخر فصولها أن قضت الغرفة الإدارية الرابعة لمجلس الدولة بأنه: " ثابت قانونا أنه كان على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمراقبة تطور علاج

---

[1] محمد فؤاد توفيق: المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية،المرجع السابق، ص 548.
محمد عودة السلمان: المسؤولية الطبية في التشريع الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي، العدد 388، ذو الحجة 1418هـ/ أبريل 1998م، السعودية، ص 66.
عبد الله بن سالم الغامدي: أضواء على مسؤولية الطبيب المدنية في النظام السعودي، مجلة المحامي، العدد الأول، ذو القعدة 1419هـ، السعودية، ص 39.
[2] حديث متفق عليه.
[3] Trib. Aix en Provence: 14/02/1950, S.J, 1950 - 2 - 5423.
أورده محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 133.
[4] Trib. Liège: 30/07/1890, D.P. 1891 - 2 - 281.
أشار إليه: عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 217.
[5] قرار محكمة النقض المصرية: 1966/03/22، الطعن رقم 381، لسنة 31 ق، مجموعة أحكام النقض المدنية، رقم 88، عام 1966، ص 636.

الكسر لاسيما الجبيرة التي وضعها على رجل المريض والتي تؤدّي في بعض الحالات إلى تعفّن طرف، حيث أن عدم المراقبة الطبية يشكل إهمالا خطيرا ينتج عنه تعويضا..."[1].

غير أن حرية الطبيب في العلاج ليست مطلقة، بل تتقيّد بجملة من القيود والضوابط. إذ يجب على الطبيب أن يراعي أولا في وصف العلاج بُنية المريض الجسمية وجنسه وسنّه وكذا مدى صلابته ودرجة تحمّله للمواد الكيميائية التي يحتويها الدواء. حيث يكون الطبيب مُخطئا وموضعا للمساءلة إذا لم يُراع ما سبق، أو أخطأ في كمية الدواء أو نوعه كأن يُعطي المريض جرعة أزيد من اللازم أو يُضيف له دواء غير مناسب لحالته، مما ينتج عنه حدوث مضاعفات ضارة بالمريض قد تؤدي إلى وفاته.[2]

كما يجب على الطبيب أن يتخذ منتهى الحيطة والحذر واليقظة عند وصف العلاج، وتحريره للوصفة الطبية بكل دقة ووضوح. حيث يذكر فيها اسمه ولقبه وعنوانه وأوقات الاستشارة، إضافة إلى الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها، وأن يُمْهِرها بتوقيعه.[3] ذلك أن الطبيب يُعتبر مسؤولا عن الأضرار المرتبطة بخطأ في شرحه لوصفة طبية شفهية.[4]

كما تتقيّد حرية الطبيب في اختيار ووصف العلاج بضرورة مراعاة التقدم العلمي وكذا القواعد العلمية الطبية الثابتة. حيث ألزم المشرع في نص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب، الطبيب بضرورة تقديم علاج يتّسم بالإخلاص والتفاني - بمعنى بعيدا عن الإهمال واللامبالاة - ، ومطابقا لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين. وإذا قلنا بأن الطبيب لا يستطيع مواكبة كل التطورات العلمية في مجال الطب، فإنه يجب عليه أن يعرف الحد الأدنى منها، بأن يكون على معرفة بالطرق الهامة المستحدثة. ذلك أن ممارسته للعلاج بطريقة مخالفة ولجوءَه إلى طريقة مهجورة تخلى عنها زملاؤه، من شأنه أن يؤدّي إلى قيام مسؤوليته.[5]

---

[1] مجلس الدولة، الغرفة الرابعة: 2000/03/27، ملف رقم 189944، قضية (م.م) ضد (مدير المستشفى الجامعي لوهران)، قرار غير منشور.
وانظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات: 1998/10/20، ملف رقم 157555، قضية (ب.م ومن معه) ضد (المستشفى الجامعي لوهران)، م. ق، العدد 1998/2، ص 146.

[2] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح: 1995/05/30، ملف رقم 118720، م. ق، العدد 1996/2، ص 179.

[3] انظر المواد 47، 56، 77 من مدونة أخلاقيات الطب.

[4] Christophe Radé: Cours de responsabilité civile médicale D.E.S.S. droit de la santé, Université Montesquieu - Bordeaux IV, France, sans date, p 27.

[5] السيد محمد السيد عمران: التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، المرجع السابق، ص 44، 45.
بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 152.

حيث قضت في هذا الاتجاه محكمة مونبيليه Montpellier بأن الطبيب الذي يلجأ إلى علاج لم يعد مطابقا للمعطيات، ويُهمل ما أصبح عليه هذا العلاج من القِدم وحظر استعماله، يكون قد خرج عن الواجب الخاص بالرعاية والنُصح الذي يلتزم به تجاه كل مريض.[1]

وتجدر الإشارة إلى إنه لا يجوز للطبيب أن يقوم بتجربة طريقة جديدة وغير مؤكدة في العلاج بهدف الوصول إلى نتائج علمية بحتة.[2] غير أنه إذا لجأ الطبيب إلى طريقة جديدة في العلاج بهدف شفاء المريض أو التخفيف من آلامه باعتبارها الطريقة الوحيدة للعلاج، أو الأقل خطرا عن باقي طرق العلاج المُتاحة في مثل هذه الحالة، فلا تنعقد مسؤوليته في مثل هذه الأحوال.[3]

وقد أقام الفقه الإسلامي أهداف العلاج في مُجملها على خمسة أسس تتمثل في " حفظ الصّحة الموجودة، ردُّ الصّحة المفقودة بقدر الإمكان، إزالة العلّة أو تقليلها بقدر الإمكان، تحمّل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهما وتفويت أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما ".[4]

ولاشك أن هذه الأهداف بترتيبها المنطقي والسليم، لا يمكن أن يشذّ عنها أي طبيب مهما كان، ذلك أن غايته إنما هي الوصول إلى شفاء المريض ومساعدته على استرجاع صحته.

وفي إشارة واضحة إلى اهتمام فقهاء الشريعة بالطب، وتقدّمهم في وضع ضوابط منطقية سليمة وواضحة لوصف العلاج، وحِرصهم على تقديم الطبيب لمريضه علاجا مناسبا وفعالا، فقد اشترطوا في الطبيب الحاذق أن يُراعي في علاجه عشرين أمرا، أهمها: قوة المريض، مدة مقاومته للمرض، النظر في قوة الدواء ودرجته، الموازنة بينه وبين قوة المريض، أن يعالج بالأسهل فالأسهل فلا ينتقل من العلاج بالغذاء إلى العلاج بالدواء إلا عند تعذره، لا ينتقل إلى الدواء المركب إلا عند تعذر الدواء البسيط وأن لا يكون قصده إزالة تلك العلّة فقط بل إزالتها على وجه يأمن معه حدوث

---

[1] Trib. Montpellier: 14/12/1954. D.H. 1955 - 745. أشار إليه: صفاء خربوطلي: المرجع السابق، ص 97.

[2] تنص المادة 30 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج غير مؤكدة دون أن يرفع عروضه بالتحفظات اللازمة، ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية".
وانظر كذلك: المادة 31 من المدونة. وتقابلهما المادتين 23 و28 من مدونة قواعد السلوك الطبي المغربي.

[3] بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 192، 193.
محمد حسين منصور: الخطأ الطبي في العلاج، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول - المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 462 وما بعدها.

[4] ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 09.
ابن القيم الجوزية: الطب النبوي، المرجع السابق، ص 114.

علة أصعب منها، فمتى كانت إزالتها لا يأمن معها حدوث علة أخرى أصعب منها أبقاها على حالها وتلطيفها هو الواجب.[1]

وعلى هذا قرّر الفقهاء أن الطبيب يعتبر مسؤولا إذا كان العلاج الذي أمر به على غير مُقتضى الحكمة وصناعة الطب من غير تفريط ولا تقصير.[2]

نخلص مما تقدم أن الطبيب عند اختياره للعلاج، عليه أن يُوازن بين أخطاره وأخطار المرض. إذ من الضروري وجود تناسب بين المخاطر الناجمة عن العلاج، وخطورة الحالة التي يعالجها الطبيب. فإذا كانت الحالة ميئوسا منها فإن فُرص الاختيار بين وسائل العلاج تكون كبيرة أمام الطبيب، بحيث يمكنه اللجوء إلى أي طريقة يرى أنها ستؤدي إلى شفاء المريض، ذلك أن خطورة العلاج هنا تقل كثيرا عن الخطورة التي يُعاني منها المريض. أما إذا كانت صحة المريض غير مهدّدة بالخطر فإن فُرص الطبيب تضيق تماما، لأنه لا يوجد ما يسمح باستخدام الطرق الخطرة التي تهدّد حياة المريض.

وبناء على ما سبق نقول أن وصف الطبيب للعلاج وتنفيذه يجب أن يكون مناسبا لحالة المريض الصحية، ثانيا أن يكون مطابقا للأصول العلمية والقواعد الطبية المستقرة، وثالثا أن لا تكون الأخطار المتوقّعة من العلاج متناسبة مع مخاطر المرض، فإذا لم يُراعيها الطبيب وأخطأ فإنه يعتبر مسؤولا تجاه المريض.

البند الثاني:

مرحلة مباشرة العلاج

بعد أن يستقر الطبيب على طريقة العلاج، فإنه يبدأ في مباشرة هذه المهمّة، وهو لا يُسأل عند قيامه بالعلاج المقدم وفقا للأصول العلمية عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة مباشرته هذا العلاج،

[1] ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ص 130 - 133.
[2] الإمام محمد بن محمد القرشي المعروف بابن الأخوة (شافعي المذهب): معالم القربة في أحكام الحسبة، مطبعة الهيئة العامة المصرية، القاهرة، 1976م، ص 167.

ولكن مسؤوليته تقوم إذا ثبت وجود خطأ من جانبه[1]. وهذا الخطأ يُستنتج عادة من الإهمال الذي حصل أثناء قيامه بعمله، كأن لا يتَحرّى الدّقة والوضوح في تحرير الوصفة الطبية.

وهنا نشير إلى قضية شهيرة أُدين فيها كل من الطبيب والصيدلي وقُضي بمسؤوليتهما. وتتلخص وقائعها في أن طبيبا حرّر وصفة طبية لمريضه فيها دواء سام بمقدار 25 نقطة، غير أنه لم يُدوّن كلمة Gouttes بشكل واضح، واكتفى بكتابة أول حرف فقط. فاختلط الأمر على الصيدلي مع كلمة غرام Grammes، حيث ركب الدواء على أساس وضع 25 غراما بدلا من 25 نقطة، ونتج عن ذلك وفاة المريض. فاعتبرت المحكمة الطبيب والصيدلي مسؤولين عن وفاة المريض، ذلك لأن الطبيب لم يكتب كلمة نقطة كاملة، كما أن الصيدلي لم يعترض على الوصفة رغم مخالفتها للأصول الطبية.[2]

وقد أحسن المشرع الإماراتي صُنعا حيث منع الطبيب من تحرير الوصفات الطبية برموز أو إرشادات غير متعارف عليها[3]. في حين اكتفى المشرع الجزائري بنصه في المادتين 47 و56 من مدونة أخلاقيات الطب على أن تكون الوصفات الطبية محرّرة بشكل واضح.

وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا عندنا بأن خطأ الطبيب المتمثل في الإهمال وعدم الانتباه، حيث أمر بصرف وتجريع دواء غير ملائم لحالة المريض الصحية، مما نتج عنه وفاته، كفيل بانعقاد مسؤوليته.[4]

كما أن الطبيب يكون مسؤولا إذا كان من شأن جُرعة الدواء الزائدة أن تُعجّل في ظهور مرض موجود أصلا، غير أنه بطيء الظهور. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها بأن الجُرعة الدوائية الزائدة التي وُصفت للمريضة، هي التي سارعت في ظهور مرض موجود أصلا عند المريضة، ولكنه من الأمراض بطيئة الظهور ويتعلق الأمر بالمرض الكلوي.[5]

---

[1] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 225.

[2] Trib. Angres: 11/04/1946, J.C.P. 1946 - 11 -3163. أنظر:أسامة عبد الله قايد: المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 261.

[3] تنص المادة 20 من القانون الاتحادي رقم 7 الصادر بتاريخ 1395/10/16هـ الموافق لـ 1975/10/21م، في شأن مزاولة مهنة الطب البشري على أنه: " يحظر على الطبيب كتابة الوصفات الطبية برموز أو إرشادات غير متعارف عليها..."

[4] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك، ح) ضد (ب، أ)، م. ق، العدد 1996/2، ص 179.

[5] Cass.1er civ: 07/12/1999, D. 2000. Inf. Rap, p 02. أشار إليه: علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 99.

كما قضت محكمة النقض المصرية بمسؤولية الطبيب عن خطئه في مزج الدواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذي كان يتعيّن مزجه به، لأن استيثاق وتأكد الطبيب من كُنْه الدواء الذي يتناوله المريض أوفي ما يُطلب منه في مقام بذل العناية في شفائه، وبالتالي فإن تقاعُسه عن تحرّيه والتحرّز منه والاحتياط له، يُعد إهمالا يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها، وعليه أن يتحمّل وِزره. كما أن التعجيل بالموت مُرادف لإحداثه من حيث المسؤولية.[1]

ومن التطبيقات القضائية في الجزائر والحديثة جدا في مجال الخطأ في مباشرة العلاج، ثبوت مسؤولية الطبيبة التي لجأت إلى تجبير كسر الطفل في يده اليمنى إثر سقوطه، دون اتخاذ الحيطة والحذر والفحوصات اللازمة. مما أدّى إلى بَتر ساعد اليد اليمنى بعد أيام نتيجة التأكد بعد فحصها أنها متعفّنة، مما تسبّب له في عجز دائم بنسبة 100% على مدى الحياة.[2]

ولاشك أن أهمية العلاج والحرص على مُباشرته، تقتضي من الطبيب الذي شرع في علاج المريض ألا يتركه دون أن يكفل له استمرار العناية الطبية من زميل آخر [3]. إذ يتوجّب عليه متابعة حالته الصحية ورَصد ومُراقبة التطورات التي قد تحدث، كل هذا في إطار التزامه بعلاج المريض.

غير أن هناك حالات يجد الطبيب لنفسه فيها مبرّرا لترك المريض وعدم تنفيذ التزامه بمتابعة علاج المريض، كأن يُهمل المريض في إتّباع تعليمات الطبيب، أو يتعمّد عدم إتباعها كليّة، أو أنه قد يستعين بطبيب آخر دون علم الطبيب المعالج، أو أنه قد امتنع عن دفع أجر الطبيب في مواعيده المحددة[4]. غير أن ذلك مشروط بأن لا يكون الترك في ظرف غير لائق بمعنى غير مناسب، وإلا تحمّل الطبيب ما ينشأ عن هذا الترك من أضرار.

وقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي أن الطبيب الجرّاح يُعتبر مرتكبا لخطأ شخصي متى رفض الحضور لرعاية مريض في حالة خطرة، بالرغم من تكرار استدعائه بالهاتف وإخباره بخطورة الحالة وضرورة التدخل الجراحي العاجل. وأخيرا سمح لأحد طلابه عن طريق الهاتف بإجراء العمل

---

[1] قرار محكمة النقض المصرية ـ نقض جنائي: 1970/04/20، السنة الواحدة والعشرون . أشارت إليه: وفاء حلمي أبو جميل: المرجع السابق، ص 59.

[2] قرار مجلس الدولة بتاريخ: 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س، م ومن معه) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي ن. م بتيزي وزو)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 398 - 402.

[3] تنص المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

[4] مجدي حسن خليل: الحماية القانونية لأتعاب الطبيب الحر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 52.

الجراحي، رغم أنه لم يفحص المريض لتشخيص مرضه من ناحية، وأن الطالب لم تكن لديه الخبرة اللازمة لذلك من ناحية أخرى.[1]

وأكثر من ذلك لم يقبل القضاء الفرنسي ما ادّعاه أحد الأطباء لنفي وصف الخطأ عن سلوكه، حينما ترك المريض تحت رعاية مساعده غير المتخصّص، فضلا على أن هذا الطبيب رفض بعد عودته الانضمام إلى زملائه الآخرين في تشخيص حالة ذلك المريض، مما تسبّب في تأخير علاجه.[2]

ويزداد التزام الطبيب بمتابعة مباشرة العلاج ومراقبة المريض أهميةً، متى كان هذا الأخير مصابا بنُقصٍ في قِواه العقلية، يُخشى معه أن يُصيب نفسه بالضرر. وهذا الالتزام مفروض على الطبيب بحكم القواعد المهنية التي تُوجب على الطبيب أحيانا أن يحمي المريض حتى من نفسه.[3]

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بمسؤولية المستشفى عن انتحار المريض مرضا عقليا، نتيجة الإهمال في حراسته، كما أن المُمرض أخلّ بالتزامه المتمثل في المراقبة الدورية، حيث كان المطلوب

تفقّده باستمرار نظرا لحالته المتميزة.[4]

إن ما يمكن أن نخلص إليه أن معظم الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء مباشرة العلاج، إنما تكون نتيجة الإهمال والتقصير وعدم اتخاذ الحيطة والحذر في تقديم العلاج. وتأتي في مقدمة تلك الأخطاء ما يتعلق بطب النساء والتوليد، ففي أغرب حادثة طبية أُعلن عن وفاة ثلاثة عشرة (13) مولودا جديدا في أقل من أربعة وعشرين (24) ساعة، ليلة الثلاثاء إلى يوم الأربعاء **2006/06/28**م، في مستشفى بارني بحسين داي بالجزائر العاصمة. حيث كشفت التحقيقات الأولية أن الإهمال والتقصير وغياب عامل النظافة بمصلحة حضانة المواليد الجُدد، كانت وراء انتشار فيروس تسبّب في ذلك.[5]

---

[1] Cons. D'état: 18/12/1958, Gaz. Pal. 1954, 1, p 160.
[2] Cass.civ: 29/10/1963, D. 1963, somm. 56, Gaz. Pal. 1964, 1, p 124.
[3] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 329.
إيهاب يسر أنور علي: المرجع السابق، ص 202.
[4] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي لسطيف) ضد (فريق ك ومن معهم)، م. ق، العدد 1996/2، ص 127- 131.
[5] جريدة الخبر اليومية، العدد 4742، الخميس 2006/06/29م الموافق لـ 1427/06/03هـ، ص 02.

كما تم تسجيل وفاة سبعة نساء حوامل في ظرف أقل من أسبوع بسبب أخطاء الإهمال والتقصير، حيث توفيت خمسة نساء منهن في ليلة واحدة بقسم التوليد بالمستشفى الجامعي لقسنطينة.[1]

نستطيع القول من خلال ما تقدم أن الأصل في الطبيب أنه لا يُسأل عن قيامه بالعلاج الذي يقدمه وفقا للأصول العلمية، كما لا يُسأل عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة العلاج المقدم وفقا للأصول والمعطيات العلمية السائدة. ولكن تقوم مسؤوليته إذا تبيّن وجود خطأ من جانبه سواء تمثل في الإهمال والتقصير وعدم اتخاذ جانب الحيطة والحذر في علاجه، أو خالف الأصول والتعاليم الطبية التي يجب مراعاتها.

إن مباشرة الطبيب للعلاج قد لا تنحصر في حدود العلاج الغذائي (الحمية) أو العلاج الدوائي، بل قد يضطر في أحيان كثيرة إلى تنفيذ عمل جراحي ضروري لإزالة المرض الذي يعاني منه المريض. ولاشك أن هذا العلاج الجراحي ليس بأسهل ولا أقل حدّة عن سابقيه من أنواع العلاج، الأمر الذي يمكن القول معه أن احتمال زيادة نسبة الأخطاء الطبية أمر وارد ومسلم به.

المطلب الثاني:
أخطاء الجراحة

قد لا يكون العلاج في كثير من الأحيان نافعا ومجديا، بل قد تكون حالة المريض الصحية في خطر لا يسمح بإتباع علاج ما في أحيان أخرى. مما يستدعي تدخلا جراحيا من قبل أطباء مختصين ومتمكنين، وهي لا شك تدخلات طبية تنطوي على كثير من المخاطر، الأمر الذي جعل اقتران الأخطاء الطبية غالبا بالتدخلات الجراحية. وسنتناول هذه الأخطاء الطبية من خلال

[1] حيث كشف رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب أن عدد الشكاوى المتعلقة بالأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العمومية والعيادات الخاصة بالجزائر والتي لا تزال محل تحقيق من قبل عمادة الأطباء (مجلس أخلاقيات المهنة) 200 قضية أغلبها يتعلق بطب النساء والتوليد، وقال أن هذا الرقم لا يعبر عن الحجم الحقيقي للأخطاء الطبية في الجزائر، ذلك أن أغلب الضحايا لا يصرحون بذلك إما لعدم ظهور آثار الخطأ أو لجهلهم بالإجراءات اللازم إتباعها.
انظر: جريدة الشروق اليومي، العدد 2529، الثلاثاء 2009/02/10 الموافق لـ 1430/02/14هـ، ص 07.

العمليات الجراحية بأنواعها، ثم من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء باعتبارها لا تقل أهمية عن سابقتها.

الفرع الأول:
أخطاء العمليات الجراحية

لاشك أن العمليات الجراحية تعتبر من أهم العلاجات النافعة التي حققت للإنسانية خيرا كثيرا، إذ غالبا ما تكون هي العلاج الجدري لاستئصال الداء، غير أنها تنطوي على مخاطر عديدة، لاسيما المساس الكبير والعميق بسلامة جسم الإنسان من خلال جراحته. ولولا الفائدة الكبيرة المرجوّة من ورائها بإزالة علّة يُعاني منها الإنسان، لم تنجح معها الوسائل العلاجية الأخرى، ما نظن أنها كانت لتستمر إلى اليوم. إلا أنها ما تزال على الرغم من ذلك إحدى الوسائل العلاجية ذات الأثر العظيم على البشرية جمعاء.

ولما كانت العمليات الجراحية بهذه الطبيعة الاستثنائية، لِما تنطوي عليه من مخاطر كثيرة، فإن المحاكم عادة ما تتشدّد مع الجراحين أكثر مما تتشدّد مع الأطباء.[1]

وتُعرّف العمليات الجراحية بأنها كل الأعمال أو النشاطات الطبية التي تستدعي الاعتداء على الجسد الإنساني عن طريق الجرح أو شق البطن أو استئصال الأطراف أو بتر الأعضاء أو القطع أو القصّ، إلى آخر ما هناك من العمليات التي يترافق فيها نزيف الدم والاستسقاء مع تلك الأعمال.[2]

كما تُعرّف كذلك بأنها " إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة، أو رتق تمزّق أو عطب، أو بقصد إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر، أو لاستئصال عضو مريض أو شاذ ".[3]

[1] فائق الجوهري: المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 419.
منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 421.

[2] فريد الزعبي: الموسوعة الجزائية، المجلد الرابع (الحقوق الجزائية العامة- أسباب التبرير)، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، 1995، ص 124.

[3] الموسوعة الطبية الحديثة: لمجموعة من الأطباء، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، لجنة النشر العلمي بوزارة التعليم العالي، مصر، 1970، ص 450.

إن التطور العلمي الحاصل ومتطلبات الحاجة والرغبات الإنسانية المتزايدة، جعلت العمليات الجراحية لا تقتصر على ما هو ضروري ومطلوب للعلاج فقط، بل توسّعت إلى أكثر من ذلك لتشمل عمليات جراحية غير ضرورية وربما ليست بغرض العلاج وهو ما يُسمى بعمليات جراحة التجميل.

وسنتناول في هذا الموضوع الأخطاء الطبية المتعلقة بالعمليات الجراحية العادية – أي العلاجية بالدرجة الأولى–، ثم نتطرق لأخطاء العمليات الجراحية التجميلية، بمعنى غير العلاجية.

البند الأول:
أخطاء العمليات الجراحية العادية

إن إجراء أي عملية جراحية تتطلب من الطبيب الجراح أن يلتزم الدقة والعناية، وتَوخّي الحيطة والحذر في تدخله الجراحي، والقيام بكافة الإجراءات الطبية المطلوبة من فحوصات وتشخيص واستعانة بمن هُم أكثر تخصّصا منه في المجالات الطبية الأخرى عند عدم تمكنه من التيقّن من حالة المريض.[1]

كما يتطلب قبل الشروع في أي عملية جراحية ضرورة، حصول الطبيب على رضاء المريض شخصيا أو من يُمثله قانونا أو أقربائه المقرّبين[2]. فلا تُجرى العملية الجراحية بدون رضاء المريض إلا في بعض الحالات الاستثنائية كحالة الضرورة المستعجلة التي تقضي بإنقاذ حياة المريض الذي يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن رضائه، وتعذّر الحصول على رضاء من يمثله قانونا أو أقاربه. وإلا فلا مناص من مساءلة الطبيب الجراح إذا لم يراعي ما سبق.

فيكون الطبيب مسؤولا عن النتائج الضارة لتدخله الجراحي بدون رضا المريض حتى ولو بذل العناية المطلوبة، ذلك أن النتائج التي ما كان ليُسأل عنها في حالة رضاء المريض بالتدخل يُسأل عنها إذا تخلف هذا الرضاء.[3]

[1] محمد حسين منصور: الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثالث، كانون الأول 1999، كلية الحقوق، جامعة بيروت، لبنان، ص 52.
[2] انظر ما سبق تفصيله بشأن الرضا، ص 254 وما بعدها.
[3] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 72. وقد أشار إلى قرار محكمة النقض الفرنسية:
Cass.civ: 27/10/1953, D. 1953. 658

كما تكون الطبيبة مسؤولة عن عدم إعلامها لمريضتها بمخاطر التخدير الموضِعي المحدد الذي تمسكت به هذه الأخيرة بدلا من التخدير الكامل أثناء مباشرة العملية الجراحية، مما أدّى إلى فقدانها البصر على مستوى العين.[1]

كما يتعيّن على الطبيب الجراح أن يتأكد قبل إجراء العملية من ضغط الدم، وسلامة دقات القلب، والتأكد ما إذا كان المريض على الريق **à jéun** من عدمه...، إذ أن إغفال هذا الواجب من شأنه أن يُعرّض المريض لخطر الوفاة خنقا نتيجة لقيئ فضلات الطعام تحت تأثير البنج (المخدر).[2]

وجدير بالذكر أن التزام الطبيب الجراح ببذل كل عنايته وجهوده في سبيل الحرص على سلامة مريضه واتخاذ الحيطة الشديدة معه، هو من أوْكد الالتزامات الواقعة على عاتقه، خصوصا وأن المريض قد سلّمه نفسه حتى يتولى حراسته والعناية به خاصة في مرحلة التخدير التي يفقد فيها وعيه وشعوره. لذلك يُعد خطأ طبيا وإخلالا بواجب الحيطة والحذر وبذل العناية الكاملة إغفال الطبيب الجراح التأكد من حُسن استقرار المريض على منضدة (طاولة) الجراحة، مما أدّى إلى وفاته.[3]

كما قُضي في فرنسا بمسؤولية الطبيب الجراح الذي لم يُحسن استقرار مريضته على منضدة الجراحة وأدّى ذلك إلى شلل في الذراع وتشوهه[4]، أو إلى إصابة المريض بجروح نتيجة سقوطه من فوقها[5]، وبمسؤوليته كذلك عن انفصام ساق مريضه أثناء مباشرة العملية الجراحية نتيجة قيام مساعده برفع أجزاء طاولة الجراحة دون التأكد من وضعية المريض مما أدّى إلى حدوث كسر بها انتهى إلى بترها.[6] حيث قضى القضاء في هذه الحالات بمسؤولية الطبيب الجراح باعتباره مخطئا لإهماله وقلة حيطته واحترازه.

---

[1] Cass. 1er civ: 18/01/2000, D. H, 177 eme année, 2001, n°44, p 3559.
Pour plus de détails voir le commentaire de: Marie- laure Mathieu- Izorche: Obligations du médecin: informer, ou convaincre?, Le D. H, 177 eme année, 1er cahier (rouge), 13/12/2001, n° 44/ 7053e, p 3559 à 3563.

[2] Paris: 10/12/1970, D. 1971.
أشار إليه: محمد سامي الشوا: الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، المرجع السابق، ص66.

[3] محكمة قسنطينة- غ. إ: 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.

[4] Trib. Aix: 10/11/1953, D. 1954. L.I.R.T.D.C. 1954, 302.

[5] Cass.civ: 27/05/1970, Gaz. Pal. 1970, 2, 28.
ذكرهما: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 88.

[6] Douai: 16/01/1931, R. T, 1932, France, p 155.

وفي سياق متصل دائما بأخطاء الجراحة الطبية، يظهر خطأ الطبيب الجراح واضحا في حالة ما إذا نسي شيئا ككمّادة أو غيرها في جسم المريض.[1]

غير أن القضاء الفرنسي يرى أن ذلك لا يمكن تعميمه على كل الحالات الجراحية، حيث قرّر في جملة من أحكامه أنه إذا كان الأصل أن ترك قطعة من الشاش في جسم المريض أثناء عملية جراحية يعتبر خطأ من جانب الجراح الذي له من يساعده، فإن هناك بعض العمليات لها من الخطورة الخاصة ما يوجب إجراءها بمنتهى السرعة. إذ لكل دقيقة قيمتها، فيكون مثل ذلك النسيان لا يعتبر خطأ من الجراح، بل هو مجرد حادث جراحي لا يسأل عنه.[2]

وفي هذا الصدد يشير الدكتور الجراح الفرنسي المعروف Salmon إلى أن إغفال ضمادة compresse عقب إجراء عملية جراحية كبيرة دامية هو في الواقع أمر شبه حتمي، حيث صرح في 08 جانفي عام 1951 بمقولته الشهيرة:

" Je ne connais pas de chirurgien qui n'ait jamais oublie de compresse, j'ai l'obsession de cet accident et cependant j'en ai oublié ".[3]

إلا أن القضاء الفرنسي ما لبث مليا حتى عدل عن هذه التفرقة، وقرّر أن ترك أي جسم غريب في جسد المريض يشكل من حيث المبدأ خطأ طبيا، بغض النظر عن حالة الاستعجال أو المشاكل الاستثنائية أو الظروف المؤثرة التي تجري فيها العملية الجراحية.[4]

وفي هذا الاتجاه ذهب القضاء عندنا إلى أن نسيان أي شيء غريب في جسم المريضة أثناء التدخل الجراحي، والمتمثل في كمادة compresse داخل جسمها، أدّت إلى أضرار بليغة بها تطلبت إجراء عملية جراحية ثانية لها، يعتبر خطأ جسيما يرتب مسؤولية المؤسسة الاستشفائية.[5]

---

[1] محكمة باتنة: 2001/03/13، (قضية سيدة ضد القطاع الصحي لنقاوس- باتنة)، جريدة الخبر اليومية، العدد 3110، يوم السبت 2001/03/10، ص 13.
وقد أشير إلى الحكم الذي أدان الطبيب الجراح بعقوبة ستة (6) أشهر حبسا موقوفة التنفيذ وغرامة مالية قدرها ستمائة ألف دج كتعويض لعائلة المرأة الضحية، في جريدة الخبر اليومية، العدد 3113، يوم الثلاثاء 2001/03/13م الموافق لـ 1421/12/18هـ، ص 17.

[2] C. A. Bisanosse: 11/07/1932, Gaz. Pal.1934, 2, 694. Trib. Paris: 16/04/1934, Gaz. Pal. 1934, 2, 11. et D. H. 1934, 321. Trib.civ. Seine: 09/11/1934, Gaz. Pal. 1935, 1, 43.
Cité par: Mohamed Aboul- Ela Akida: La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Revue Al- Ulum Al- Quanuniya Wal- Iqtisadiya,op.cit, p 159, 160.

[3] Georges Boyer Chammard et Paul Monzein: op.cit, p 157, 158

[4] Trib. Aix: 12/06/1954, J.C.P, 1954, 11, 8040.
Voir aussi: Sylvie Welsh: op.cit, p 188, 189.

[5] قرار المحكمة العليا- غ، إ: 1993/10/10، ملف رقم 106721 فهرس 537، قضية (مدير القطاع الصحي لسكيكدة) ضد (السيدة ن. ف)، قرار غير منشور.

وتتلخص وقائع القضية حينما توجّهت السيدة ن.ف لمصلحة التوليد على مستوى مستشفى سكيكدة لتضع مولودها هناك على إثر عملية جراحية في أول جوان 1991، حيث غادرت المستشفى في نفس اليوم بعد طمأنتها على حالتها، غير أنه وبعد مدة بدأت تشتكي من آلام حادة اضطرتها لدخول المستشفى بتاريخ 1991/07/09. وبعد الفحص تم اكتشاف وجود شيء غريب في رحمها تطلب إجراء عملية جراحية ثانية، اتضح بعدها أنه قطعة قماش تم نسيانها في العملية الأولى. لتلجأ المريضة إلى مقاضاة القطاع الصحي بسكيكدة أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة، الذي قضى بمسؤولية المستشفى وإلزامه بالتعويض. وبعد طعن هذا الأخير أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، صدر القرار المذكور بتأييد القرار المطعون فيه.

ونحن نرى من وجهة نظرنا أن ما استقر عليه القضاء الفرنسي لاحقا، وما أكّده وقرره القضاء الجزائري في هذا الشأن هو عين الصواب. حيث تقوم مسؤولية الطبيب الجراح عند نسيانه أي شيء من مُعدّاته أو أدواته، بغضّ النظر عن طبيعة العملية الجراحية عاديةً أو بسيطةً كانت أم مستعجلة واستثنائية.

وفي هذا الصدد فإننا نرى مع بعض الفقه [1] والقضاء[2] أنه يتوجّب على الطبيب الجراح أن يتولى بنفسه تعداد آلاته وملاقطه وكماداته وترقيمها وربط هذه الأخيرة بعضها ببعض بخيط واصل بينها، والتحقق من ذلك عند بداية كل عملية وبعد الانتهاء منها.

وتستمر حلقات الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية لِما يحيط بها من المخاطر المتعددة، ولِما يتداخل فيها من الكثير من الإجراءات والتدخلات الطبية، ومنها إجراء تخدير المريض قبل الشروع في العملية.

فقد أصبح تخدير المريض أثناء مباشرة التدخل الجراحي عملا طبيا ضروريا من مقتضيات العملية الجراحية[3]. وقد سبق أن أشرنا إلى أخطاء التخدير ومسؤولية الطبيب المخدر عنها.

---

[1] Mohamed Aboul- Ela Akida: La responsabilité Pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, op.cit, p 151.
R et J. Savatier, J. M Auby et H. Pequignot: op. cit, p 61.
محمد سامي الشوا: الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، المرجع السابق، ص 77.

[2] Trib.civ. Grenoble: 21/02/1957, J.C.P, 1957- IV, p 148.

[3] راجي عباس التكريتي: السلوك المهني للأطباء، الطبعة الثانية، دار الأندلس، لبنان، 1981، ص 251.

فبالنسبة للعمليات الجراحية يعتبر الطبيب الجراح مخطئا لو باشر التخدير بنفسه في غياب نظيره أخصائي التخدير، لتتبع حالة المريض أثناء إعطائه البنج (المخدر) وكذا لمواجهة ما قد يطرأ عليه من مضاعفات ولمساعدته فيما يلزم له من إسعافات.[1]

كما أدين طبيب التخدير لعدم إتقانه في تخدير المريضة من أجل إجراء عملية جراحية قيصرية césarienne، حيث تأكد أن النصف السفلي لجسمها لم يتعرض للتخدير الكافي، مما يثبت خطأ طبيب التخدير وثبوت مسؤوليته.[2]

وفي تخصّص آخر من الجراحة الحديثة، يظهر الخطأ الطبي واضحا من خلال جراحة المناظير، حيث يقوم الجراح من خلالها بإجراء عملية جراحية عن طريق المنظار بإجراء فتحة صغيرة فقط. إذ يتميز هذا النوع بعدة مزايا منها تقليل ألم المريض وصغر الجرح، كما أن شفاء المريض وعافيته لا يأخذ وقتا طويلا إن نجحت العملية طبعا.[3]

وفي هذا السياق أدانت محكمة الجنح ببئر مراد رايس في حكم حديث جدا، طبيبا جراحا بتهمة الخطأ الطبي، بـــ 18 شهرا حبسا موقوفة التنفيذ، وغرامة مالية نافذة قدرها 50 ألف دج، على إثر ارتكابه خطأ طبيا نتيجة إجرائه عملية جراحية بواسطة تقنية المنظار، مما تسبّب في ثُقب على مستوى المعي الغليظ للمريضة. الأمر الذي استدعى إجراء عملية جراحية عادية أخرى لمعرفة سبب انتفاخ بطن المريضة وارتفاع درجة حرارتها قبل أن تتوفها المنيّة في غرفة الإنعاش بعد عشرة أيام. ليتضح حسب تقرير الخبير الطبي أن إصابة المعي الغليظ على مستوى الزاوية اليمنى كان نتيجة الجراحة الأولى بسبب الأنبوب الذي يحتوي على ملقط.[4]

إن ما يمكن أن نخلص إليه أن الأخطاء الطبية تتعدد وتتنوع من خلال العمليات الجراحية، وهذا دون شك راجع لطبيعة هذه العمليات التي تنطوي على درجة كبيرة من المخاطر والاحتمالات،

---

[1] Trib. Alger: 04/11/1893. C. A. Alger: 17/03/1894., D. 1895- 2- 162.
ذكر هذه الأحكام: حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 335.

[2] Cass. crim: 03/03/1993. Cité par: Angelo Castelletta: op.cit, p 127.

[3] عبد الرحمن محمد المنصور: هل الطبيب حقيق بثقة مرضاه، جريدة الرياض اليومية، العدد 11787، السنة السابعة والثلاثون، الأحد 2000/10/01، الرياض، ص 23.

[4] حكم محكمة بئر مراد رايس: 2009/10/01 (قضية ضد العيادة الطبية لسيدي يحيى- بئر مراد رايس- بالعاصمة)، جريدة النهار الجديد اليومية، العدد 592، السبت 2009/10/03، ص 04.

لاسيما وأنها تتعلق بمسائل الجرح والشق والاستئصال والقطع وغير ذلك. مما دفع بالكثير من الفقه والقضاء إلى ضرورة تشديد مسؤولية الأطباء اختصاصي الجراحة.[1]

فبالرغم من أن التزام الجراح هو التزام ببذل عناية، إلا إن القضاء يتشدّد مع الجراحين أكثر من غيرهم من الأطباء، فقد قضى حديثا في فرنسا بأنه وإن كان الطبيب قام بكل ما هو ضروري، وأن قطع الشريان الإبضي عند المريض هي حالة استثنائية وناتجة عن عمل جراحي غير خاطئ، فليس من شأن ذلك أن ينفي مسؤولية الطبيب، خاصّة أنه لم يثبت أن قطع الشريان كان أمرًا لا يمكن تجنّبه.[2]

وباستقراء هذا القرار يتضح بجلاء التشدّد الكبير في موقف محكمة النقض الفرنسية في مواجهة الجرّاحين، على الرغم من إقرار المحكمة بأن العمل الجراحي لم يكن خاطئا. بل ونَعتَ على الجرّاح بأنه لم يُثبت بأن قطع الشريان كان لا يمكن تجنبه.

غير أننا نشير إلى أن سلوك الطبيب الجرّاح إذا كان بعيدا عن الخطأ، فلا مسؤولية عليه مهما كانت نتائج الجراحة، ذلك أن الطبيب كقاعدة عامة يلتزم ببذل العناية الكافية، ولا يضمن شفاء المريض أو نجاح العملية.

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم مسؤولية الطبيب الجراح الذي لم يَستَجِب للنداء الهاتفي الذي وجّهه إليه المريض الواقع ضحيّة مُضاعفاتٍ ناتجة عن العملية، وقرّرت أن ذلك لا يُشكل خطأ نظرا لكون طبيب التخدير في المستشفى قد تدخل لتقديم الإسعافات الضرورية للمريض، إلا أن هذا الأخير قد توفي رغم ذلك.[3]

---

[1] أفاد تقرير صادر في صحيفة الخبر اليومية: أن تزايد وتيرة الأخطاء الطبية في الجزائر عرف مراحل متقدمة، وتأتي في مقدمة تلك الأخطاء ما يتعلق بأخطاء التوليد وأخطاء الجراحة من نسيان أشياء في بطن المريض، وأخطاء تقدير كمية الأكسجين، وبتر الأعضاء نتيجة سوء التشخيص.... وخلص التقرير أن مرد ذلك يرجع إلى تردي وإهمال تقديم الخدمات الصحية من ناحية، وقلة وغموض النصوص القانونية من ناحية أخرى.
صحيفة الخبر اليومية: العدد 3120، الاثنين 2001/03/19، ص 12، 13.
وانظر مقالا آخر بعنوان: " تحقيقات حول الأخطاء الطبية"، لنفس الجريدة، العدد 2823، الخميس 2000/03/30، ص 23.

[2] Cass. 1er civ: 23/05/2000, D. 2000- Inf. Rap, p 192.

[3] Cass. 1er civ: 04/02/1986. (Garcia contre Gravie).
المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدر عن مجلس وزراء العدل العرب، العدد الخامس، أبريل/ نيسان 1987، المغرب، ص 516.
ونحن نرى بأن قرار محكمة النقض محل نظر، ذلك أن هناك التزام يقع على عاتق الطبيب بالاستمرار في علاج مريضه ومتابعته وعدم التخلي عنه. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية ذاتها في أحد قراراتها بتاريخ 1835/06/23، وبالتالي فإن إعلان عدم مسؤولية الطبيب الذي دعاه المريض بسبب المضاعفات الناتجة عن العملية بحجة أن طبيب التخدير قدم الإسعافات له، هي حجة تحتاج إلى نظر، لأنه من المؤكد والمجمع عليه أن ما يستطيع تقديمه الطبيب الجراح الذي أجرى العملية يختلف ودون أدنى شك عما يقدمه الطبيب المخدر.

ولاشك أن ما سبق الإشارة إليه يوضّح بجلاء مدى أهمية الالتزام الملقى على عاتق الطبيب الجراح بعد الانتهاء من إجراء العملية الجراحية، وهو الالتزام بالمتابعة والمراقبة، والعناية بالمريض إلى ما بعد ذلك. " حيث يتأكد الطبيب الجراح من استفاقة المريض واستعادته لوعيه ومدى نسبة نجاح العملية من جهة، وحتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة أخرى"[1].

ولاشك أن هذا لا يعني الوصول إلى حدّ ضمان شفاء المريض ونجاح العملية، بل يقتصر على الاستمرار في الرّعاية وبذل العناية.

وقد قضت في هذا الشأن محكمة الاستئناف العليا في الكويت في حكم حديث لها، بأن مسؤولية الطبيب الجرّاح ليست قاصرة على إجراء العملية الجراحية، بل تمتد إلى مباشرة علاج المريض والإشراف عليه فيما بعد.[2]

إن الأخطاء الطبية ما فَتِئت تتزايد وتتنوع بالنسبة للعمليات الجراحية، باعتبارها مجالا تلتقي فيه معظم التدخلات الطبية من تشخيص وتخدير وعلاج وغير ذلك. وما يمكن أن نخلص إليه أن مسؤولية الطبيب تقوم خلال مرحلة التدخل الجراحي، إذا لم يؤدّ عمله بالمهارة التي تفرضها المهنة، وخالف أو تجاوز الأصول العلمية الثابتة والسائدة. كما تقوم مسؤوليته كلما وقع منه إهمال أو تقصير، أو اتضح من سلوكه بأنه على جهل بالأصول العليمة المستقرة.

فإذا ما تجنّب الطبيب الجراح الوقوع في الخطأ من خلال مظاهره السابقة، فلا مسؤولية عليه مهما كانت نتيجة التدخل الجراحي، ذلك لأن التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية الكافية وليس تحقيق الشفاء للمريض.[3]

---

[1] رأفت محمد أحمد حماد: أحكام العمليات الجراحية- دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 193، 194.
عبد الجبار ناجي الملا صالح: التزامات الطبيب في إجراء العمليات الجراحية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش- الأردن، 1999، ص 22.

[2] قرار محكمة الاستئناف العليا- الدائرة التجارية: 1989/02/06، رقم 1152، 1988/1257.
أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 64.

[3] طلال عجاج: المرجع السابق، ص 285.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية فقد أجازت فعل الجراحة الطبية رحمة بالعباد، ودفعا لضرر الأسقام والأمراض عنهم. فأذنت للأطباء ومساعديهم بفعل الأمور التي تستلزمها الجراحة مع أنها محرّمة عليهم في الأصل.[1]

ولاشك أن كل ذلك طلبا لتلك المصالح التي يُرجى تحققها وحصولها بعد الجراحة، ودفعا لضرر الأسقام والأمراض الذي يُرهق كاهل المرضى ويهدّد حياتهم بالخطر. ولن يكون هذا الفعل محقِقا لهذه المصالح إلا إذا تم وفقا للأصول الطبية المتعارف عليها.

فإذا خرج الأطباء ومساعدوهم عن ذلك الطريق، فإن أفعالهم ترجع إلى حكم الأصل الموجب لمنعهم من المساس بالجسد على وجه يعرضه للهلاك والتلف.[2]

ويؤيد ما سبق ما جاء في قواعد المقري: " أن كل عمل قاصر عن تحصيل مقصوده لا يُشرع".[3]

وقد اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجراح إذا خالف أصل من الأصول العلمية الثابتة، ونتج عن ذلك ضرر أصاب المريض المعالج، وقد استعملوا في ذلك تعبيرات متعددة منها " تجاوز الحد المعلوم في الطب "، " فعل غير المعتاد "... الخ من الألفاظ التي تفيد معنى مخالفة الأصول العلمية الثابتة.

لأنه من المعلوم أن المفروض فيمن يريد التطبّب أن يكون عالما بقواعد هذا الفن وفق الرّسم المعتاد والموافق للقواعد التي يتبعها أهل هذه الصنعة في هذه المهنة، ولذا فإن فَعَل المُعالج ما لا يفعله مثله ممن أراد العلاج أو الصّلاح كان ضامنا، لِما نتج عن ذلك من سِراية إن كان المريض لا يعلم بجهله.[4]

---

[1] محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 479.
[2] رأفت محمد أحمد حماد: المرجع السابق، ص 201.
عبد الله محمد الجبوري: المرجع السابق، ص 94، 95.
عبد الفتاح محمود إدريس: المرجع السابق، ص 63.
[3] أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد المقري المالكي: القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، الجزء الثاني، شركة مكة للنشر، مكة المكرمة، بدون تاريخ، ص 600.
[4] قال الإمام ابن القيم الجوزية: " وأما الأمر الشرعي، فإيجاب الضمان على الطبيب الجاهل، فإذا تعاطى علم الطب وعمله ولم يتقدم له معرفة، فقد هجم بجهله على إتلاف الأنفس وأقدم بالتهور على ما لم يعلمه، فيكون قد غرّر بالعليل، فيلزمه الضمان لذلك وهذا إجماع من أهل العلم ".
كتابه: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 127.
وانظر كتابه أيضا: تحفة المودود بأحكام المولود، المرجع السابق، ص 202، 203.

قال الشافعي: " وإذا أمر الرجل أن يحجمه أو يختن غلامه أو يُبطِّر دابته فتلفوا من فِعله، فإن كان فَعل ما يَفعل مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه، وإن كان فَعل ما لا يَفعل مثله ممن أراد الصلاح وكان عالما به فهو ضامن".[1]

وذكر ذلك ابن قدامة بقوله: " فأما إن كان حاذقا وجَنَت يده مثل أن يتجاوز قَطع الخِتان إلى الحَشَفة أو إلى بعضها، أو قَطع في غير محلّ القَطع، أو يَقطع سِلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضَمِن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ. فأشبه إتلاف المال، ولأن هذا فعل محرّم فيضمن سِرايته كالقطع ابتداء ".[2]

والنص السابق يوضح لنا أن مجاوزة الخاتن والقاطع للحدود المعتبرة للخاتن، والقطع أمر مُوجب للضّمان، وحَكم بحُرمته في قوله " ولأن هذا فعل مُحرّم " فَـــردّه إلى الأصل. كما اعتبره بمثابة القطع على وجه الجناية وذلك بقوله: " كالقطع ابتداء ".[3]

وقال الدسوقي أيضا: "... كأن أراد قلع سِنٍّ فقلع غيرها أو تجاوز بغير اختياره الحدّ المعلوم في الطب عند أهل المعرفة ".[4]

ومما سبق يتضح أن الواجب على الطبيب الجراح ضرورة إتباع الأصول العلمية الطبية كما يجب عليه أن يلاحق التطورات العلمية وأن يعتمد على كتب مشهورة مَوثُوقة وإلاّ تحققت مسؤوليته.

وقد جاء في تأييد ذلك " وأما الاعتماد على كتب الفقه الصحيحة الموثوق بها فقد اتفق العلماء في هذا العصر على جواز الاعتماد عليها... وكذلك قد اعتمد الناس على الكتب المشهورة في النحو واللغة والطب وسائر العلوم لحصول الثقة بذلك وبُعدِ التدليس".[5]

---

[1] الإمام محمد بن إدريس الشافعي: الأم، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 166.
[2] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 117.
[3] محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 480.
[4] محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (شرح أحمد الدردير لمختصر خليل)، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية مصر، 1373هـ، ص 355.
[5] الإمام برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن فرحون المالكي: المرجع السابق، ص 61.

ومن هذا كله نخلص إلى القول باعتبار الشريعة الإسلامية لخروج الأطباء والجراحين عن الأصول العلمية أمرٌ مُوجب للمسؤولية المهنية.

البند الثاني:
أخطاء جراحة التجميل

تعتبر الجراحة التجميلية La chirurgie esthétique من أقسام الجراحة الحديثة، والتي عرفت انتشارا واسعا. حيث ظهرت بشكل واضح بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية، لتعرف آفاقا وتطورا فيما بعد.

ويقصد بالجراحة التجميلية عموما تحسين المظهر وتجديد الشباب[1]، إذ هي تهدف في الأصل إلى إزالة شيء طبيعي كوجود شعر في وجه الفتاة أو إصبع زائدة أو اعوجاج في الأنف، أو شيء طارئ (حادث) كإزالة آثار الحروق، أو إزالة التجاعيد أو تكبير الثديين أو تصغيرهما... وغير ذلك.

نتيجة لهذا الوضع، يربط كثير من الفقه في تعريفه للعمليات الجراحية بالغرض منها في إزالة ذلك العيب الخلقي أو الطارئ. " إذ يقصد بها إزالة تشويه ظاهر أو خفي حدث في جسم المريض بفعل مكتسب أو خلقي أو وظيفي[2]، بحيث يكون ذلك لغرض علاجي أو جمالي بحت ".[3]

وقد كانت نظرة القضاء الفرنسي إلى جراحة التجميل في البداية مُفْعَمة، لا بالشك والريبة فحسب، وإنما بالسّخط والكُره، حتى أن محكمة باريس الابتدائية قضت في حكم لها بأن مجرّد إقدام الجراح على عملية لا يُقصد منها إلا التجميل، يكون خطأً في ذاته، يتحمّل بسببه الجراح كل

---

[1] حسن القزويني: فن جراحة التجميل، شركة مونمارتز للطبع والنشر، باريس، بدون تاريخ، ص 15.
أورده: محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 191.

[2] سمير أورفلي: مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية، مجلة رابطة القضاة، العدد 8 و9، السنة العشرون، المغرب، 1984، ص 30، 31.
محمد فرج عزب إسماعيل: مسؤولية الطبيب في جراحة التجميل في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر، مصر، 1419هـ/1998م، ص 32، 33.
وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 434.

[3] منذر الفضل: المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية- دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة، عمان- الأردن، 1992، ص 06.
وقد طبع هذا الكتاب في شكل محاضرات مطبوعة، جامعة الجزائر، 1992، انظر: ص 37.

الأضرار التي تنشأ عن العملية، ولو كانت هذه الأخيرة قد أُجْرِيّت طبقا لقواعد العلم والفن الصحيحين.[1]

ويبدو لنا أن هذه النظرة المتشدّدة ترتكز على أساس ما تقضي به القواعد العامة من ضرورة أن يكون التدخل الجراحي مقصودا به تحقيق غرض علاجي، كتخليص المريض من علّة أو مرض أو التخفيف من حِدّتِه أو الوقاية منه.[2] " أما الغاية الجمالية التي تصبوا إليها عمليات التجميل، فتتعارض بالطبع وهذا الغرض العلاجي ".[3]

غير أنه في مرحلة تالية، وتحت تأثير الانتقادات الشديدة التي وجّهها رجال الطب والفقه للموقف القضائي المتشدّد من جهة، وما نتج عن الحرب العالمية الثانية من آثار وخيمة تتعلق بمُشوّهي الحرب، مما اضطر بعض الدول إلى إخفائهم في أمكنة خاصة بعيدا عن أعين الناس حتى لا يَتأذّوا بمنظرِهِم المُريع، مما يولد فيهم سَخطا على الأنظمة القائمة، وفي المستقبل التباطؤ في الدفاع عن الأوطان، فضلا عن الازدياد الهائل لحوادث الطرق والصناعات وما نتج عنها من عاهات وتشوهات من جهة ثانية، فقد عدل القضاء وحتى بعض الفقه عن وجهة نظره المتشدّدة. فأجاز مبدأ مشروعية هذه الجراحة، ولكن بتحفّظ شديد، مُبديا بعض الشدة مع من يقومون بهذه العمليات من أطباء دون غيرهم.

فجراحة التجميل لا تُمارس – من حيث المبدأ- لأهداف علاجية، ومن ثم وَجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة وراءها مع الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها، كما أنها تجري في ظروف متأنّية، إذ ليس هناك ما يبرّر العجلة والتسرّع أو ضُعف الإمكانيات، فضلا على أن المريض يكون في حالة تامة من اليقظة والتبصّر، مما يستدعي شروطا خاصة في رضائه وتبيّنه لجوانب العملية المرجوّة.[4]

---

[1] منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 436.
محمد عادل عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 154- 156.
وقد أشار إلى حكمي محكمتي باريس والسين:
Trib. Paris: 22/01/1913, Dalloz. 1919- 2- 73. et : Trib.civ. Seine: 25/02/1929, Gaz. Pal. 1929- 1- 424.

[2] أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 418.
محمود محمود مصطفى: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ص 280.

[3] سامي بديع منصور: المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994- قانون الآداب الطبية، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 267.

[4] Jean Guigue: La chirurgie esthétique et la loi du 04 mars 2002, Gaz. Pal, recueil nov - déc. 2002, p 1736.
وانظر: علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 75، 76.

ولعلنا نشير إلى ملامح هذا التشدّد، والتي يجب مراعاتها والاحتياط لها أثناء القيام بمثل هذه الجراحة، ونُجملها في ثلاث صور:

الصورة الأولى: يجب على الطبيب الجراح أن يضع بين يدي زبونه المريض تقريرا مفصّلا يتضمن كافة تفاصيل الأعمال والتدخلات الجراحية التي ينوي القيام بها. حيث استقر الرأي على ضرورة أن يقوم جراح التجميل بإعلام المريض بكل شيء، بأن يشرح له كل ما قد يترتب على العملية من مخاطر ولو كانت لا تتحقق إلا بصفة استثنائية، ولو كانت غير مهمة أو ثانوية أو نادرة الوقوع.[1]

وقد استقر قضاء المحاكم الفرنسية على التشديد بشأن ضرورة إعلام المريض بما يترتب من مخاطر عن العملية التجميلية، حيث قضت محكمة استئناف باريس في قرار حديث لها بأن جراح التجميل الذي يقوم بإجراء عملية تقويم للشفة العليا للمريضة بهدف تغليظها، يرتكب خطأ إذا لم يُعلمها بالمخاطر المُحيطة بهذا النوع من العمليات.[2]

الصورة الثانية: ضرورة حصول جراح التجميل على موافقة خاصة وواضحة وصريحة من المريض، قائمة على رضاء حر ومستنير[3]. ذلك أن هذه الجراحة تتطلب من المريض قبوله بها بكل حرية ووضوح كاملين، باعتبارها ليست ضرورية أو استعجاليه. حيث قضى القضاء الفرنسي بمسؤولية الجراح التجميلي الذي أجرى عملية لإزالة الغضون والجيوب والتجاعيد لامرأة في السادسة والستين من عمرها في أسفل عينيها، مما نتج عن ذلك أن أصيبت السيدة بعمى كلي في عينها اليُسرى. حيث قرّرت محكمة النقض " بأن المخاطر الجسيمة كخطر العمى التي يندر أن تحدث، تُوجب على جراح التجميل أن يخبر الشخص باحتمال وقوعه، حتى تكون المريضة في وضع تستطيع فيه أن تتخذ قرارها الحر بالموافقة، لاسيما وأن المطلوب من الطبيب ليس معالجة أو

---

[1] Patrice Jourdain: Responsabilité civile, R.T.D.C, Edition Dalloz, Paris, 1999, p 111 et 112.
Chantal Durand, Annie Ruard: BTS tertiaires 1re année- droit- cours (Erreurs médicales, L'indemnisation des victimes), CNED, Paris, 2003, p 180.

[2] Cour d'appel de Paris: 11/05/1990, D. 1991. S, p 359.
Trib. Lyon: 08/01/1981, J.C.P. 1981- 11- 19699.

[3] Jean Penneau: Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz .Pal, 1999 (1er sem.), Paris, p 07 et 08.
أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 435.
يرى محمد حسين منصور: " أن الأولى والأفضل أن يحتاط الطبيب في مثل هذه العمليات بأن يحصل على رضاء المريض وإقراره كتابة بإلمامه بكافة المخاطر المتوقعة". المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 111.

عناية صحيحة، وإنما إزالة عيب جسدي طفيف - تجاعيد- لا يسبب إزعاجا لامرأة بلغت السادسة والستين من العمر".[1]

الصورة الثالثة: مراعاة التناسب بين المخاطر والأضرار المحتملة المترتبة عن عملية جراحة التجميل، مع الهدف الكمالي والتحسيني المرجو منها [2]. إذ يتعين على جراح التجميل أن يراعي مسألة التناسب بين مخاطر العملية التي يزمع إجراءها، وبين الفوائد المبتغاة من ورائها.

ولاشك أن مسألة تقدير هذا التناسب هي من اختصاص الطبيب الجراح المختص، ذلك وأن شهادة الطب العام لا تكفي ولا تصلح لإجراء مثل هذه العمليات وممارسة هذا النوع من الطب، نظرا لما تشتمل عليه هذه العمليات من أخطار وصعوبات لا يعرفها إلا الأطباء المتخصّصون. حيث نشير في هذا الصدد إلى أن عمليات جراحة التجميل لا يقوم بها إلا جراح مختص حاصل على شهادة التخصص في الاختصاص الخاص به.[3]

وعلى هذا النحو فإذا كان هناك عدم تناسب واضح بين مخاطر العملية وبين فوائدها، وجب على الطبيب الجراح أن يُبصّر المريض بالوضع وبالنتائج المُرتقبة، فضلا على أنه ملزم في بعض الحالات بأن يُبدي النّصيحة بعدم إجراء الجراحة، بل وأكثر من ذلك قد يصل الأمر بالطبيب إلى الامتناع صراحة عن إجرائها حتى ولو كان المريض حريصا ومصمّما على إجراء العملية.[4]

وفي هذا الاتجاه قضت محكمة استئناف (فرساي) Versailles في حكم حديث لها - بأن المساس بسلامة المريض البدنية لا يمكن أن يُبَرّر، إلا إذا تم احترام نوع من التوازن ما بين الضرر الناشئ عن التدخل بالعلاج، وبين النفع الذي يتمناه المريض-، بحيث أن الطبيب الذي يجب أن

[1] Cass.civ: 17/11/1969, J.C.P, 1970- 2- 16507.

[2] توفيق خير الله: مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 499، 500.
جاسم علي الشامسي: مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 427.

[3] تنص المادة 198 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم على أنه:" لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي، إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها...".
انظر: إلهام بنت عبد الله باجنيد: موقف الشريعة الإسلامية من العمليات الجراحية التجميلية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثامن والسبعون، السنة العشرون (محرم، صفر، ربيع الأول 1429هـ/ مارس، أبريل، ماي 2008م) الرياض، ص 303.

[4] محمد عادل عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 177.
عبد الرحمان بن عبد الله السند: الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والسبعون، السنة التاسعة عشر (ربيع الثاني، جمادى الأولى، جمادى الثانية، 1428هـ/ جوان جويلية، أوت 2007م)، الرياض، ص 284.

يُعلم مريضه بذلك كي يتسنى له أخذ القرار المناسب، يجب عليه أن لا يُقْدم على علاج سيئاته تتجاوز النفع المنتظر منه.[1]

إن هذا التشديد في مسؤولية جراح التجميل دفع بفقهاء القانون مقتدين بفقهاء الشريعة الإسلامية، إلى تقسيم العمليات الجراحية إلى قسمين أو نوعين، بحيث تترتب جملة من النتائج والآثار عن هذا التقسيم :

القسم الأول: وهي جراحة تجميلية ذات غرض علاجي، بمعنى إذا كانت بقصد التداوي وتحققت الضرورة إلى ذلك. حيث تتجه إلى علاج عجز حقيقي موروث أو مكتسب، نتيجة لبعض الحوادث أو الحروب، مثل بناء المثانة، أو علاج الشفتين المشقوقتين أو العلاج من السُمنة أو إزالة آثار بعض الحروق والكسور أو قطع أصبع زائدة لا منفعة فيها، ونحو ذلك مما تدعو الحاجة إليه وتقتضي الضرورة علاجه.

وقد استند فقهاء الشريعة في إجازة هذا النوع من الجراحة التجميلية إلى ما رُويّ عن عبد الرحمن بن طرفة، أن جده عرفجة بن أسعد قُطع أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفا من ورق فأنْتَن عليه، فأمره النبي ρ أن يتخذ أنفا من ذهب.[2]

وقد جاء في قول الشيخ عليش من فقهاء المالكية في تقصّيه على عبارة الشيخ خليل :
" في السن الزائدة الاجتهاد فيه نظر، لأن أَرَش [3] الحكومة[4] والاجتهاد إنما يُتصور في النقص وربما كان قطع الزائد، أو يوجب زيادة فيكون كخصاء العبد يزيد في قيمته، وقد يجري على الأصبع الزائدة وجميع ما في الفم من الأسنان ".[5]

كما جاء في المُغني ما نصّه: " لأن هذه الزوائد لا جمال فيها في الغالب، خلافا لليد الشلاّء التي يحصل بها الجمال ولا يكاد يختلف، بينما الإصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحُسنها وقُبحها، فكيف يصح قياسها على اليد التي يحصل بها الجمال ".[1]

[1] Cour d'appel de Versailles: 17/01/1991, D. 1991. S, p 359.
[2] رواه أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني: سنن أبي داود، المرجع السابق، ص 629.
[3] الأرش: جمعها أروش، ويقصد بها دية الجراحات.
[4] الحكومة: اسم لما يقدره الإمام (الحاكم) في دية الجراحات التي ليست فيها دية معلومة.
[5] أبي عبد الله محمد بن محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر خليل، الجزء الرابع، المطبعة الأميرية، مصر، 1294هـ، ص 417.

وجاء في فتاوى قاضي خان: " وفي الفتاوى إذا أراد أن يقطع إصبعا زائدة أو شيئا آخر، قال أبو النصر رحمه الله: إذا كان الغالب على من قطع مثل ذلك الهلاك فإنه لا يفعل، لأنه تعريضُ للنفس للهلاك، وإذا كان الغالب هو النجاة فهو في سعة من ذلك ".[2]

نخلص إلى أن هذه النصوص تقرّر أن الاعتداء على هذه الزوائد التي يولد بها الإنسان، بالقطع لتجميلها عن طريق الجراحة التجميلية لا يُوجِب الحكومة (أي مساءلة الطبيب)، إلا إذا قُطعت بدون إذن ورضاء صاحبها، أو كان تدخل الطبيب غير موافق للرسم المعتاد من أمثاله من الأطباء في مثل هذه الجراحات.

وبناء على ما تقدم يتضح لنا توافق فقهاء الشريعة وفقهاء القانون على إباحة هذا النوع من الجراحة التجميلية، كونها تهدف إلى علاج بعض العيوب المرضية، والتي تدعو الحاجة الشديدة لعلاجها.

القسم الثاني: وهي الجراحة التجميلية بمعناها الحقيقي، حيث لا تتجه أصلا إلى غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة العضوية للمريض. وإنما من أجل إصلاح بعض التشوّهات والغلو في مقاييس الجمال كترقيق الأنف وتفليج الأسنان وشدّ الوجه وتكبير أو تصغير الثديين، ووصل الشعور الطبيعية بالشعور المصطنعة... وغيرها. فالهدف منها مجرد تقديم راحة تجميلية للشخص.[3]

و لم يُجز فقهاء الشريعة [4] هذا النوع من الجراحة التجميلية لما فيه من تغيير لخلق الله دون ضرورة لذلك، ولما فيه من الغش والتدليس على الناس. وقد استندوا في ذلك لجملة من النصوص الشرعية. ومنها قول الله I: "... وَلَأُمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ..."[5]. كما استدلوا على ذلك بما

---

[1] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الثاني عشر ، ص 151.
[2] العلامة حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني المعروف بقاضي خان: الفتاوى الخانية- بهامش الفتاوى الهندية: وضعها مجموعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام الدين عبد الرحمان الحنفي البحراوي، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 410، 411.
العلامة محمد بن أحمد الشربيني الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 300.
[3] Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 66.
[4] الحافظ أحمد بن علي ابن حجر العسقلاني: المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 456- 467. الإمام محمد ابن جرير الطبري: المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 183. سماحة الإمام عبد العزيز بن عبد الله بن باز: الفتاوى الشرعية على المشكل في المسائل الطبية، المرجع السابق، ص 38. محمود محمد عبد العزيز الزيني: المرجع السابق، ص 238. الشيخ يوسف القرضاوي: الغلو والمبالغة في عمليات التجميل، جريدة الشروق اليومي، العدد 2706، الثلاثاء 01 سبتمبر 2009م/ 11 رمضان 1430هـ، ص 17.
[5] الآية 119 من سورة النساء.

رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ρ أنه قال: " لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة ".[1]

وفي رواية عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: " سمعت رسول الله ρ يلعن المُتنمّصات والمُتفلّجات للحُسن اللاتي يغيّرن خلق الله ".[2]

أما من الناحية القانونية فبالرغم من أن القصد العلاجي يظل هو المبرّر الوحيد الذي يسمح للطبيب الجراح المساس بجسم الإنسان – إذ لا يجوز له ممارسة أي تدخل جراحي دون مُسوّغ طبّي جدّي أو دون إعلام المريض والحصول على رضائه، باستثناء الضرورة والاستعجال[3]–، إلا أن الفقه والقضاء يُجيزان في الجملة إجراء عمليات جراحة التجميل.

غير أن القضاء – ولاسيما الفرنسي– قد أبدى نوعا من التشدّد فيما يتعلق بعمليات جراحة التجميل، حيث قضت في هذا الصدد محكمة استئناف باريس في قرار حديث لها، بأن جراح التجميل الذي يقوم بإجراء عملية تقويم للشفة العليا للمريضة بهدف تغليظها، يرتكب خطأ إذا لم يُعلمها بالمخاطر المحيطة بهذا النوع من العمليات.[4]

كما قضت محكمة استئناف (فرساي) Versailles من جهتها بأن المساس بسلامة المريض البدنية لا يمكن أن يُبَرّر، إلا إذا تم احترام نوع من التوازن ما بين الضرر الناشئ عن التدخل بالعلاج، وبين النفع الذي يتمناه المريض، بحيث أن الطبيب– الذي يجب أن يُعلم مريضه بذلك كي يتسنى له أخذ القرار المناسب–، يجب عليه أن لا يُقْدم على علاج سيئاته تتجاوز النفع المنتظر

---

[1] رواه البخاري ومسلم. وانظر الحديث رقم 1377 عند محمد فؤاد عبد الباقي: اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص 454، 455.
الوصل: هو وصل ووضع الشعر مكان الشعر الذي تناثر وانتتف من أصله وخرج من موضعه، والواصلة فهي التي تصل شعر المرأة بشعر آخر، والموصولة من تطلب أن يفعل بها ذاك. والوشم: تقريح الجلد وغرزه بالإبرة وحشوه بالنيل أو الكحل أو دخان الشحم وغيره من السواد.
انظر: الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الرابع عشر، الطبعة الأولى، مكتبة الصفا، القاهرة، 1424هـ/ 2003م ، ص 88، 89.
وللوقوف على أدلة العلماء ومقارنة أرائهم راجع :
عبد العزيز بن عبد المحسن: جامع الفتاوى الطبية والأحكام المتعلقة بها، الطبعة الأولى، دار القاسم، الرياض، 1425هـ/2004م، ص 253.
وانظر: البيان الختامي لمؤتمر العمليات الجراحية التجميلية بين الشرع والطب، المنعقد في الرياض بتاريخ 1427/11/11هـ.

[2] رواه أحمد في مسنده 417/1.
وصححه العلامة المحدث: محمد ناصر الدين الألباني: سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ص 556. تحت رقم: 3059.

[3] L'article 41 du code de déontologie médicale français modifiée et complétée:"Aucune intervention mutilante ne peut être pratiquée sans motif médicale très sérieux et sauf urgence ou impossibilité, sans information de l'intéressé et sans son consentement".

[4] Cour d'appel de Paris: 11/05/1990, D. 1991. S, p 359.

منه. وبناء على ذلك يُخلّ بالتزامه بالنصيحة الطبيب الذي لا يُحذّر مريضته- التي أجرت عملية لتخفيف التجاعيد- بالمخاطر الجسيمة التي تتعرض لها أثناء العلاج، حتى ولو كان الطبيب نفسه يجهل هذه المخاطر، وذلك بصفته مُتخصّصا كان يجب أن يعلمها.[1]

في حين قضت محكمة استئناف باريس من جهتها: " بأنه إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علّة بل مجرّد إصلاح تشويه في جسمه، وجب على الجرّاح استعمال منتهى الحيطة واليقظة في الفحص قبل إجراء العملية وتقدير المخاطر التي قد يتعرض لها من ستُجرى له العملية وإعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر وإلا كان مسؤولا ".[2]

والجدير بالذكر أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تماشيا مع اتجاه التشديد هذا، قد استعملت صيغا وعبارات تُقرّب بها كثيرا التزام جراح التجميل من الالتزام بتحقيق نتيجة. فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن النتيجة فقط هي التي تبرّر التدخل الجراحي بهدف التجميل، وحيث أن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر حادة للفشل، و لم يتم تحذير المريض منها. فينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية التي تتعلق بها حياة المريض وصحّته، حيث قرّرت المحكمة مسؤولية الطبيب لأنه لم يقدم ما يبرّر فشل العملية.[3]

كما قضت ذات المحكمة في حكم حديث لها بأنه إذا كان الالتزام ببذل العناية يبقى هو القاعدة فيما يختص بموضوع الجراحة التجميلية، فيجب أن يُفَسر هذا الالتزام بشكل ضيق طالما أن الغاية المرجوّة ليست شفاء الضحية، بل تحسين حالة سابقة لم تكن تُرضي المريض. وهكذا تترتب مسؤولية الجراح حيث يقوم بجراحة تجميل أنف على جلد لا تسمح نوعيته بذلك بينما كان يجب عليه الامتناع عن إجراء عملية هكذا.[4]

---

[1] Cour d'appel de Versailles: 17/01/1991, D. 1991. S, p 359
وانظر بشأن التزام جراح التجميل بإعلام المريض كل من: توفيق خير الله: مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المرجع السابق، ص 498- 502.
عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 149.

[2] Cour d'appel de Paris: 12/03/1931, S. 1931. 2. 129.
Cité par: Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 35.

[3] Cour d'appel de Paris: 13/01/1959, D. 1959, 26, J.C.P, 1959. 11. 11142.
أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 221.

[4] Cour d'appel de Paris. 1ère chambre: 23/02/1995, jurisdata. 020608. et: 07/04/1995, Jurisdata. 021160.
ذكرهما: توفيق خير الله: المرجع السابق، ص 498.

أما القضاء المصري – فعلى قلة من الأحكام القضائية بشأن جراحة التجميل – إلا أنه سار على نفس نهج القضاء الفرنسي في تشدّده، حيث أوضحت محكمة النقض بأن التزام الطبيب بوجه عام هو التزام ببذل عناية، إلا أنها شدّدت على طبيعة العناية المطلوبة من جراح التجميل أكثر منها في الجراحات الأخرى، أي بمعنى عناية فائقة ومشدّدة. حيث أضافت قائلة : " وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يُجريها، إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يُقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشويه لا يعرّض حياته لأي خطر ".[1]

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فلم يتسنى لنا العثور على أي حكم قضائي منشور أو غير منشور يتطرق لمسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، ويكون هذا ربما راجع لعدم انتشار هذا النوع من الجراحة في بلادنا.

وعلى الرغم من أن القضاء يقرّب التزام الطبيب من الالتزام بتحقيق نتيجة، إلا أنه يؤكد رغم ذلك أن التزام جرّاح التجميل ما زال التزاما ببذل عناية[2]. غاية ما هناك أن جراح التجميل عليه أن يمتنع عن التدخل لإجراء الجراحة، إذا لم يكن واثقا من تخصّصه ودقته من جهة، وأن يُوجِد قدرا من التناسب بين الغاية المرجوّة والمخاطر المحتملة من وراء الجراحة من جهة أخرى.

إن ما يمكن أن نخلص إليه في الأخير أن أخطاء جراحة التجميل تتعدد وتتنوع إلى ما هو علاجي ضروري وما هو دون ذلك باعتباره جماليا بحتا. فتنعقد مسؤولية الطبيب الجراح الذي يجري عملية جراحية لإصلاح البكارة المتلفة جزئيا أو كليا للفتاة – بغض النظر عن سبب إتلاف

---

[1] قرار محكمة النقض المصرية: 1969/06/26، الطعن رقم 111 لسنة 35 ق، مجموعة أحكام النقض المدنية ، السنة العشرون، 1969، العدد الثاني، بند 166، ص 1075. وذلك في الدعوى رقم 05 لسنة 1963 كلي القاهرة، والدعوى رقم 235 لسنة 81 ق استئناف القاهرة.
القرار منشور كذلك عند: حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني: الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية (الإصدار المدني)، الجزء التاسع، إصدار مركز حسني للدراسات القانونية، القاهرة، 1989، ص 45، 46.
ونشير إلى أن القضاء قد لجأ هنا إلى فكرة الخطأ الاحتمالي- كما يرى البعض-، وهي إحدى الوسيلتين اللتين يستخدمهما للتغلب على تكييف التزام جراح التجميل بأنه التزام ببذل عناية، أما الوسيلة الأخرى فهي كما أشرنا اقتضاء درجة عالية جدا من العناية. وطبقا لفكرة الخطأ الاحتمالي يعتبر الطبيب قد أخطأ عندما يترتب على العمل نتائج سيئة للمريض، ولا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.
François Chabas: L'obligation médicale d'information en danger, op. cit, p 461.
Voir aussi: Marie- Laure Mathieu- Izorche: Obligation du médecin: informer ou convaincre?, Le D.H, 177 e année- 1er cahier (rouge), n° 44/7053, 13 décembre 2001, p 3562.

[2] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 108. عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 171. سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 192.
Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 35.

غشاء البكارة-، حيث ينتج عن رعونته وعدم احتياطه زيادة إتلاف البكارة كليا أو إصابة الرحم (المهبل) بالتهابات أو مضاعفات قد تصل إلى صعوبة في الإنجاب [1]. كما تنعقد مسؤولية الطبيب بسبب إصابة المريضة بالتهابات في بشرتها، نتيجة استخدام الجراح مواد مُركّزة منطوية على قدرٍ من المخاطر من أجل إزالة بعض الشعر من وجهها دون أن يُعلمها بهذه المخاطر. أو التشويه الناتج عن إجراء عملية ترقيع في موضع الجرح.[2]

ومهما يكن من أمر فإن هناك شروطا أساسية ذات أهمية قصوى يجب التحقق من توافرها قبل الإقدام على أي جراحة تجميلية، منها إعلام المريض وتبصيره بطبيعة العملية ومخاطرها، والحصول على رضائه الحر والمستنير. كما يجب أن يكون الطبيب الجراح مؤهلا ومختصا بما يتلاءم وطبيعة العملية، وأن يتحرّى لذلك بقيامه بجميع الفحوص الطبية اللازمة.

الفرع الثاني:
أخطاء نقل وزراعة الأعضاء

أثارت – ولازالت تثير- عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية اهتماما واسعا ونقاشا عميقا لدى مختلف الأوساط الطبية والدينية والقانونية والاجتماعية، ذلك أن المسألة مرتبطة بحياة الإنسان وحرية تصرفه في جسده، حيث فتح العلم آفاقا وآمالا واسعة أمام البشرية في مجال علم نقل وزرع الأعضاء، وأصبح حقيقة لا خيالا أن يُستبدل عضو سليم بآخر مريض، فتطورت عمليات نقل وزرع الأعضاء وارتفعت نسب النجاح فيها يوما بعد يوم. فأصبحت عمليات نقل وزرع الأعضاء في الفترة الأخيرة مجالا خصبا للمؤتمرات الطبية والفقهية [3] من أجل الوقوف على مدى

---

[1] يحيى بن لعلي: الخبرة في الطب الشرعي، مطبعة عمار قرفي، الجزائر، بدون تاريخ، ص 120 وما بعدها.
[2] قرار محكمة النقض المصرية: 1969/06/26. سبق الإشارة إليه.
[3] من أبرز هذه المؤتمرات على المستوى العربي نشير إلى :
مؤتمر الطب والقانون المنعقد في مدينة الإسكندرية في الفترة من 25- 28 مارس 1974.
المؤتمر الدولي عن المسؤولية الطبية المنعقد في جامعة قاريونس ببنغازي - ليبيا- في الفترة من 23- 28 أكتوبر 1978.
المؤتمر العالمي الأول للطب الإسلامي المنعقد بدولة الكويت، يناير 1981م/ربيع الأول 1401هـ.
المؤتمر الطبي الإسلامي الدولي عن الإعجاز الطبي في القرآن الكريم المنعقد في القاهرة في الفترة من 24- 26 سبتمبر 1985.
المؤتمر الدولي لزرع الأعضاء وأبحاثه المنعقد في الجزائر العاصمة في الفترة من 14- 17 نوفمبر 1985.
المؤتمر الطبي الإسلامي الدولي الثاني عن الشريعة الإسلامية وقضايا الطب المعاصرة المنعقد في القاهرة في الفترة من 02- 05 فبراير 1987.

شرعيتها، ومناقشة المسائل المتعلقة بها من الناحيتين القانونية والشرعية. وقد رأينا من المناسب التعرّض لمشروعية عمليات نقل وزرع الأعضاء ثم لأساسها القانوني، ثم بيان شروطها وطبيعة وصور الأخطاء المرتبطة بها.

البند الأول:

مشروعية نقل وزرع الأعضاء في الشريعة الإسلامية

غنيّ عن البيان أن مسألة نقل أو زرع الأعضاء مما أثير جدل واسع حولها، فتعدّد الاجتهاد الفقهي شرعا وقانونا فيها بين من يرى عدم جواز ذلك، وبين من يرى خلاف ذلك.

فيرى جمهور الفقهاء عدم جواز الانتفاع – ومن باب أولى– عدم مشروعية نقل الأعضاء. ففي مذهب الإمام أبي حنيفة : لا يجوز التداوي بعظم الآدمي أو أي جزء من أجزائه [1]. وفي مذهب الإمام مالك لا يجوز الانتفاع بأجزاء أو غيره ولو كان ميتا، والضرورة لا تبرّر ذلك، كما أن عدم الجواز يشمل غير معصوم الدم كحال المرتد، لأن الأمر يتعلق بكرامة الإنسان بصرف النظر عن صفته[2]. أما في مذهب الإمام أحمد لا يجوز الانتفاع ولو للضرورة بأجزاء الآدمي ولو كان ميتا متى كان معصوم الدم[3]. كما أن مذهب الإمام ابن حزم لا يجيز الانتفاع بأجزاء الآدمي، ويستثني من ذلك اللبن، لأنه ورد النص على إباحته.[4]

ومن الفقهاء المعاصرين الذين لا يرون جواز نقل الأعضاء، الشيخ محمد متولي الشعراوي [5]، والغماري[1]، والسنبهلي[2]، السكري[3]، والنفيسه[4]، السقاف[5].

المؤتمر الأول للقانون الجنائي الذي نظمته الجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد في القاهرة في الفترة من 14- 17 مارس 1987. والذي كان من بين مواضيعه الأربعة: موضوع " قانون العقوبات في مواجهة الأساليب الطبية الفنية الحديثة ".

المؤتمر الرابع لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة بالسعودية في الفترة من 17- 23 شعبان 1410هـ/ 14- 20 مارس 1990م.

المؤتمر السابع لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة بالسعودية في الفترة من 18- 23 جمادى الآخرة 1408هـ/ 6- 11 فبراير 1988م.

المؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية المنعقد في جامعة جرش بالأردن من 18- 23 جمادى الآخرة 1418هـ/ 06- 11 فبراير 1999م.

أنظر الموقع الإلكتروني: http://www.sehha.com . mise à jour le : 21/062001 .

[1] العلامة محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق،الجزء الخامس، ص 215.

[2] العلامة محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المرجع السابق، ص 353.

[3] الإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 602.

[4] العلامة أبي محمد علي بن حزم الظاهري: المحلى، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 133، والجزء السابع، ص 399.

[5] الشيخ محمد متولي الشعراوي:" الإنسان لا يملك جسده فكيف يتبرع بأجزائه أو يبيعها"، مقال منشور في جريدة اللواء الإسلامي، العدد 226، (27 جمادى الثانية 1407هـ)، مصر، ص 08.

وقد استدل هذا الرأي بحجة أن النفس هي ملك لله عز وجل، وبناء على ذلك لا يجوز للشخص التصرف فيما لا يملكه.

غير أن الرأي الراجح [6] يرى جواز نقل وزرع الأعضاء، مُستندا في ذلك إلى معياري الضرورة والمصلحة التي تدعو إلى التضامن والإيثار، قياسا على الجهاد بالنفس وتعريضها للقتل، وكذا ما أوْجَبه الإسلام في شأن إنقاذ الغرقى و الحرقى ومن في حُكمهم. واستنادا إلى ما يراه الشافعية والزيدية من إجازتهم للمضطر أن يقطع من نفسه ليسُدّ به رَمَقَـــه. [7]

[1] الشيخ عبد الله بن الصديق الغماري من علماء الأزهر المعاصرين: تعريف أهل الإسلام بأن نقل العضو حرام، دار مصر للطباعة، مصر، بدون تاريخ، ص 25.

[2] محمد برهان الدين السنبهلي: قضايا فقهية معاصرة، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار العلوم، بيروت، 1408هـ/ 1988م، ص 67.

[3] عبد السلام عبد الرحيم السكري: نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي، دار المنار، القاهرة، 1988، ص 142- 160. وقد وخلص في مؤلفه هذا إلى تحريم نقل الأعضاء مطلقا.

[4] عبد الرحمان بن حسن النفيسه: مدى حق الإنسان في التصرف في جسده، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الثاني والثمانون، السنة الحادية والعشرون، (محرم، صفر، ربيع الأول 1430هـ/ مارس، أبريل، ماي 2009م)، الرياض، ص 374. حيث أجاز التبرع للوالدين أو الأقارب دون غيرهم من باب البر الذي أمر الله به. في حين أجاز نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان. قارن بحثه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة: العدد الأربعون، السنة العاشرة، (رجب، شعبان، رمضان 1419هـ/ نوفمبر، ديسمبر، يناير، 98- 1999م)، الرياض، ص 214، 215.

[5] الشيخ علي بن حسن السقاف القرشي الحسيني: الامتاع والاستقصاء لأدلة تحريم نقل الأعضاء، الطبعة الأولى، المطابع التعاونية، الأردن، 1409هـ/1989م، ص 32-37.

[6] انظر في ذلك فتاوى المجامع والهيئات الفقهية ومنها:

فتوى دار الإفتاء المصرية، السجل رقم 88 مسلسل 512، ص 93، بشأن استقطاع العيون، وفتوى لجنة الفتوى بالأزهر رقم 491، بشأن استقطاع القلب أو أي جزء من الجثة. مجلة الأزهر، المجلد العشرون، سنة 1368هـ، ص 744.

فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، الصادرة بتاريخ 06 ربيع الأول 1392هـ/20 أبريل 1972م، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض، ص 47.

فتوى لجنة الإفتاء بالمملكة الأردنية الهاشمية، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1397هـ.

فتوى لجنة الإفتاء بوزارة الأوقاف بالكويت رقم 84/497، الصادرة بتاريخ 22 ربيع الثاني 1405هـ.

قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم 99، الصادر بتاريخ 06 ذو القعدة 1402هـ. والقرار رقم 62، الصادر بتاريخ 25 شوال 1398هـ.

قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم 26، الصادر بتاريخ 18 جمادى الآخرة 1408هـ/ 06 فبراير 1988م.

وانظر كذلك أقوال وفتاوى كل من الفقهاء :

سماحة الشيخ: عبد العزيز بن عبد الله بن باز (مفتي السعودية ورئيس هيئة كبار العلماء): فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 47.

أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية: المرجع السابق، ص 123، 126

أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 567، 571.

فضيلة الشيخ: محمد صالح العثيمين: الفتاوى الشرعية في المسائل العصرية من فتاوى علماء البلد الحرام، جمع وإعداد: خالد عبد الرحمن الجريسي، الطبعة الأولى، مؤسسة الجريسي للتوزيع والإعلان، الرياض، 1420هـ/ 1999م، ص 619.

فضيلة الشيخ: عبد الله بن عبد الرحمان الجبرين: فتاوى إسلامية، جمع وترتيب محمد بن عبد العزيز المسند، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الوطن، الرياض، 1415هـ، ص 417.

الشيخ يوسف القرضاوي في حواره المعنون بـ " التبرع بالعين والخصية حرام وجواز نقل الأعضاء من كافر إلى مسلم"، جريدة الشروق اليومي، العدد 2703، السبت 29 أوت 2009م/0 رمضان 1430هـ، ص 18.

[7] الإمام أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 90.

الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي : المجموع شرح المهذب ، الجزء التاسع ، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر، بدون تاريخ ، ص 37.

وقبل الخوض في بيان الأسس والاعتبارات التي من أجلها أُجيز نقل وزرع الأعضاء عند الرأي الراجح في العصر الحديث لدى كل من فقهاء الشريعة والقانون، وكذا تفصيل الشروط والضوابط المتعلقة بذلك. يجدر في هذا المقام حصر جميع حالات نقل الأعضاء المُمكنة، مع بيان طبيعتها وحكمها حسب الرأي الراجح الذي قيل فيها من ناحية، وكذا ما ترجّح عندنا بعد الوقوف على الآراء والأدلة من ناحية أخرى. وهذا دون التعرّض للأدلة ومناقشتها أو مناقشة القائلين برأيهم – لأن موضع البسط في ذلك ليس هذا المقام-.

فنقول أن حالات نقل وزرع الأعضاء لا تخلو من أن تكون من إنسان أو حيوان إلى إنسان على النحو التالي:

أولا: فإن كان من إنسان فإنه لا يخلو من حالتين:

الأولى: أن يكون من إنسان حي: وهو لا يخرج عن صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون النقل من الشخص الحي وإليه نفسه: وحكمه الجواز. فقد أجمع كل من أفتى في العصر الحديث في هذه النازلة بإباحة الغرس الذاتي، حيث لا يعلم لهم مخالفا.[1]

الصورة الثانية: أن يكون النقل من الشخص الحي إلى غيره: فحينئذ لا تخلو الأعضاء المنقولة من قسمين:

القسم الأول: أن تكون هذه الأعضاء مما تتوقّف عليها الحياة، ونقلها يؤدي إلى وفاة الشخص المنقولة منه (المتبرع) كالقلب والكبد والدماغ مثلا. فلا يجوز نقل هذه الأعضاء [2] ويدخل في هذا القسم الأعضاء التي يُعطّل زوالها وظيفة أساسية في حياة الشخص المتبرع، وإن لم تتوقف سلامة أصل الحياة عليها، كنقل قرنية العينين كِليهما. كما ينطوي تحت هذا القسم في الجُملة الأعضاء

---

[1] محمد علي البار: الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق ودار الشامية، بيروت، 1414هـ، ص 109. وانظر كذلك: بكر بن عبد الله أبو زيد: فقه النوازل، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 54.
الشيخ إبراهيم اليعقوبي: شفاء التباريح والأدواء في حكم التشريح ونقل الأعضاء، الطبعة الأولى، مكتبة الغزالي، دمشق، 1407هـ، ص 84.

[2] قرار هيئة كبار العلماء رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية، ص 37، 38.
قرار المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة الصادر في الدورة الثامنة المنعقدة بمكة المكرمة بتاريخ 04/28 إلى 1405/05/07هـ الموافق لـ 19- 28 1985/01/28. مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية، ص 39- 41. والعدد العاشر من نفس المجلة، 1417هـ، السعودية، ص 318، 319.
قرار المجمع الفقهي الإسلامي بجدة رقم 01 الصادر في الدورة الرابعة المنعقدة بجدة بتاريخ 18- 1408/06/23هـ الموافق لـ 06- 1988/02/11م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 507- 510.

الفردية (المفردة)[1] سواء ما يقوم منها بوظيفة أساسية في الجسم أم ما لا يقوم بها، على أساس أن الله I ما أَوْدع في جسم الإنسان من عضو أو شيء ما إلا لحِكمةٍ بالغة. قال الله I: " إِنَّا كُلَّ شيْء خَلَقْنَــاهُ بِقَدَرٍ ".[2]

القسم الثاني: أن لا تكون من تلك الأعضاء التي سبق الإشارة إليها، ويشتمل هذا الضرب على نقل أعضاء لها بديل ولا يؤدّي أخذها إلى الوفاة غالبا، وهو يقع في الأعضاء الشفعية (الزوجية)، واشتهر منها حاليا نقل الكلية أو الخصية....

وقد كانت هذه المسألة محل خلاف قوي ونقاش عميق بين الفقهاء قديما وحديثا بين من يرى جواز ذلك وبين من يرى المنع. والمُتأمّل في هذه المسألة لَيَجد من الصعوبة في تبيّن الرأي الراجح بسهولة، وذلك لقوة أدلة كلا الفريقين. والذي يترجّح عندنا والعلم عند الله I بعد الوقوف على أدلة كلا الفريقين ومناقشتها أنه يجوز نقل الأعضاء من إنسان حي إلى إنسان مسلم بحاجة إلى هذا العضو. وذلك متى أمِنَت الفتنة في نَزْعِه ممن أُخذ منه، وغلب على الظن نجاح زرعه.[3]

إذ لا خلاف بين أهل العلم كما يقول القرطبي [4]، في وُجوب ردّ مُهْجَة المسلم عند خوف الهلاك أو التلف، بالشيء الذي لا مَضرّة فيه على صاحبه ويؤدي إلى بلوغ المرام. وهذا الواجب يقع في ذمة الجماعة فرض كفاية، فإذا لم يكن هناك إلا شخص واحد بيده إخراج المضطر من حالته، كان إنقاذه فرض عين على هذا الشخص. ويقع على الجماعة أو على الشخص المعيّن إثم عدم إنقاذ المضطر وعليهم الضمان.[5]

---

[1] يقول فضيلة الشيخ الدكتور: بكر بن عبد الله أبو زيد في حكم هذا النوع من النقل:" الذي يظهر والله أعلم تحريمه وعدم جوازه لأنه تهديد لحياة متيقنة بعملية ظنية موهومة، أو إمداد بمصلحة مُفوّتة لمثلها، بل أعظم منها": التشريح الجثماني والنقل والتعويض الإنساني، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 22.

[2] الآية 49 من سورة القمر.

[3] قرار هيئة كبار العلماء رقم 66 الصادر بتاريخ 1398/10/25هـ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الأول، 1408هـ/1987م، السعودية، ص 35، 36. والقرار رقم 99 الصادر بتاريخ 1402/11/06هـ السابق الإشارة إليه.

فتوى الأزهر الشريف بشأن نقل الأعضاء، المجلة الجنائية القومية، العدد الأول، مارس 1978، القاهرة، ص 153.

الشيخ عبد الرحمان بن ناصر السعدي (المفسر المشهور): الفتاوى السعدية، بدون دار نشر، السعودية، 1388هـ، ص 320- 325.

الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان البسام: زراعة أعضاء الإنسان في جسم الإنسان، مجلة المجمع الفقهي، العدد الأول، 1408هـ، السعودية، ص 19.

الشيخ عبد الله بن عبد الرحمان الجبرين: انظر فتواه في كتاب: الأحكام والفتاوى الشرعية لكثير من المسائل الطبية، جمع وترتيب: علي بن سليمان الرميخان، مراجعة وتقديم: عبد العزيز السدحان، الطبعة الثانية، دار الوطن، الرياض، 1427هـ، ص 141.

الشيخ محمد سعيد رمضان البوطي: قضايا فقهية معاصرة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، مكتبة الفارابي، دمشق، 1414هـ، ص 109- 128.

وانظر بحثه بعنوان:" انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الأول، 1408هـ، السعودية، ص 183.

[4] أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: المرجع السابق، ص 225.

[5] محمد بن عبد العزيز المراغي: مسؤولية الأطباء، مجلة الأزهر، المجلد العشرون، 1398هـ، مصر، ص 691.

كما أن الله I قد امتدح من آثر أخاه على نفسه بطعامٍ أو شرابٍ أو مالٍ هو أحقّ به. [1] فإذا كان ذلك في هذه الأمور اليسيرة، فكيف بمن آثر أخاه بعضو أو جزء منه لكي ينقذه من الهلاك المحقق. لاشك أنه أولى وأحرى بالمدح والثناء، ومن ثم يُعتبر فعله جائزا ومشروعا.[2]

الثانية: أن يكون النقل من إنسان ميّت: فيجوز نقل الأعضاء من الميت إلى إنسان حي مضطر وفي حاجة إلى هذا العضو.

ولاشك أن هذا من باب التعاون على البر والتقوى، كما أن المصلحة قائمة في هذه الحالة بوضوح أكبر، إذ ليس ثمة ما يمنع شرعا من أخذ أعضاء من جثة الميت لمصلحة الحي [3]، ذلك أن مصلحة هذا الأخير أرجح وأولى من مصلحة الأول. يدلّ علـــى ذلك قول الله I: " وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً "[4]. وقوله ρ:" من استطاع أن ينفع أخاه فليفعل ".[5]

ومن جهة أخرى يرى الرأي الراجح الذي يقول بالجواز، أن أخذ أعضاء من الميت لانتفاع الحي منها، لا يُعدّ تمثيلا به كما قد يُظن، لأن قول رسول الله ρ: " كَسر عظم الميت ككَسره حيا "[6]، الذي يستدل به الرأي المُخالِف يُراد منه عدم إيذاء الميت أو التعدّي عليه لمجرد الإيذاء أو الانتقام منه كما قد يفعل عدوّه، ذلك لأن للميت حُرمة كحُرمة الحي [7]. أما إذا كان في كسر عظمه مصلحة ظاهرة فليس ثمة ما يمنع من ذلك. بدليل قصة الصحابي عروة بن الزبير رضي الله

أحمد فتحي بهنسي: المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، القاهرة، 1389هـ/1967م، ص 286.

[1] يشهد لذلك قوله I في الثناء على الأنصار رضي الله عنهم:"... ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة...". الآية 09 من سورة الحشر.

[2] فتوى لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، انظر مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22 (رجب، شعبان، رمضان، شوال 1408هـ)، الرياض، ص 47.

وانظر كذلك: عبد الرحمان بن ناصر السعدي: المختارات الجلية، مطبعة المدني، القاهرة، 1378هـ، ص 324، 325.

[3] الشيخ جاد الحق علي جاد الحق (مفتي مصر السابق): فتواه الصادرة بتاريخ 1979/12/05، بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة، مطابع الأزهر، القاهرة، 1993، ص 73.

بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 18 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1414هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1993م)، السعودية، ص 74.

وانظر: فتاوى هيئة كبار العلماء بالسعودية، وقراري مجمع الفقه الإسلامي و المجمع الفقهي الإسلامي، السابق الإشارة إليهم.

[4] الآية 32 من سورة المائدة.

[5] أخرجه مسلم في كتاب السلام، برقم 3193. انظر شرح النووي لصحيح مسلم، المرجع السابق، الجزء الرابع عشر، ص 153.

[6] أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز، برقم 3207، ص 491.

[7] الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: فتواه السابقة: انظر كتابه: الفقه الإسلامي ومرونته، مطابع الأزهر، القاهرة، 1989، ص 251 وما بعدها.

وانظر المواد من 150 إلى 154 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم التي تطرقت لحرمة الموتى. والمادة 15 -17 من المرسوم رقم 75 - 152 المؤرخ في 12 ذي الحجة 1395هـ الموافق لـ 15 ديسمبر 1975 المتضمن قواعد حفظ الصحة فيما يخص الدفن ونقل الجثث.

عنهما، حيث أصيب بأكلة في إحدى رجليه فقرّر الأطباء قطعها، و لم يرى وهو أحد الفقهاء ما يمنع من ذلك.[1]

على أن بعض الفقه يقيّد التبرع بالأعضاء من الميت إلى الحي بأن يكون ذلك من شخص كافر إلى مسلم بحاجة إلى ذلك العضو.[2]

ثانيا: أن يكون النقل من حيوان إلى إنسان: وحُكمه الجواز، ذلك أن الحيوان مُسخّر لخدمة ومنفعة الإنسان، وفي هذا يقول الله I: " وَٱلۡأَنۡعَامَ خَلَقَهَا لَكُمۡ فِيهَا دِفۡءٞ وَمَنَٰفِعُ وَمِنۡهَا تَأۡكُلُونَ "[3]. "[3]. والمنفعة هي إسم عام يُقصد به الخير للإنسان، وعليه فاستفادة الإنسان من الحيوان للعلاج مما يدخل في المنفعة.[4]

وجواز نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان مقرّر سواء كان الحيوان طاهرًا وهذا جائز دون قيد أو شرط إذ لا إشكال فيه ولا حرج، أو كان الحيوان نجسًا كالخترير مثلا، وهنا قيّد الفقهاء ذلك بأن يكون الإنسان مُحتاجا ومُضطرا إلى عضو الحيوان النجس، وألا يجد عضوا طاهرا يقوم مقامه.[5]

البند الثاني:

الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء

إن مشكلة البحث عن الأساس الشرعي والقانوني لعمليات نقل الأعضاء تبقى على قدر كبير من الأهمية، إذ أن نقل الأعضاء هو أكثر خطورة من العمليات الجراحية العادية. وإذا ما كان أصحاب الشأن يُحجِمون غالبا عن رفع دعاوى المسؤولية على الأطباء، فلأن الأمر يتم عادة مجانا، ولمصلحة قريب قرابة مباشرة لمن وهب أحد أعضاء جسده.

[1] بلحاج العربي: الأحكام الشرعية والطبية للمتوفي في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 42 (محرم، ربيع الأول، ربيع الثاني 1420هـ/ ماي، أبريل، يونيو 1999م)، السعودية، ص 130.
[2] محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 389، 403.
[3] الآية 05 من سورة النحل.
[4] عبد الرحمان بن حسن النفيسه: حكم نقل الأعضاء من الحيوان إلى الإنسان، المرجع السابق، ص 215.
[5] الإمام محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: مغني المحتاج، الجزء الثالث، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1386هـ، ص 138.
هاشم جميل عبد الله: زراعة الأعضاء والتداوي بالمحرمات في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الرسالة الإسلامية، العدد 212، أفريل، 1988، بغداد، ص 73.
عبد الفتاح محمود إدريس: التداوي بأجزاء الحيوانات المحوّرة جينيا من منظور الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 70، السنة 19، (محرم، صفر، ربيع الأول 1427هـ/ مارس، أبريل، ماي 2006م)، السعودية، ص 73، 81.
محمد المختار الشنقيطي: المرجع السابق، ص 402، 403.

غير أننا سنحاول عرض هذه الأسس التي تستند إليها عمليات نقل وزرع الأعضاء بإيجاز شديد، ثم نتطرق بعد ذلك للشروط، ومن هذه الأسس نجد:

الأساس الأول: حالة الضرورة: يُقصد بحالة الضرورة في جوهرها تلك الموازنة بين ضررٍ وخطرٍ يُرجَّح أحدهما على الآخر بحسب جسامته، بحيث يقتضي الحال وجود خطر مباشر وحالٍّ على حياة شخص ما يفرض التضحية بإلحاق ضرر أقل بشخص آخر[1]. بمعنى أن الأمر يستدعي ارتكاب ضرر أخف لدفع وتفادي ضرر أكبر أو أخطر.

وترجمة ذلك أنه إذا كان استئصال كِلية شخص سليم مثلا ينطوي على قدرٍ من المخاطر بالنسبة له، إلا أن هذه المخاطر أقل بكثير من المخاطر التي يتعرّض لها المريض لو لم تُنقل إليه الكِلية. إذ أن الخطر أقلّ من الضّرر، ذلك أن المُتبرّع يظل على قيد الحياة، ويظل جسمه مُؤدِّيا لكافة وظائفِه، وإن كان يُصاب ببعض النُّقص في الصِّفة التشريحية لجسمه. أما المريض فيتعرّض لخطر الموت الحال. ولاشك أن موازنة هذه المخاطر مع الضّرر تقودنا إلى أن الضرر الذي يصيب المتبرّع من استئصال جزءٍ من جسمه، أقل من المخاطر المراد تفاديها بالنسبة للمريض.

وحالة الضرورة في نظر بعض الشُرّاح هي الأساس القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء، حيث تُعتبر الوسيلة الوحيدة – بحسب رأيهم –[2] لتبرير استقطاع العضو من المتبرع ونقله للمريض المتلقي متى توافرت شروطها وضوابطها.

ونشير من جانبنا إلى أن رضاء المتبرع ليس عنصرا في حالة الضرورة المشار إليها، ذلك أن هذا الرضاء هو الذي يُمكّن الطبيب من استخدام ظروف الضّرورة. والطبيب حين يفعل ذلك إنما يأتيه على مسؤوليته الخاصة، أي يتعيّن عليه أن يتحقّق من توافر الشروط القانونية. فلا تتحقق حالة

---

[1] Savatier René: Les problèmes juridiques des transplantations d'organes humains, J.C.P, Paris, 1969, n°1, p 2247.
يوسف القاسم: نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 75.

[2] Ahmed Charaf El- dine: Droit de la transplantation d'organes - étude comparative-, Thèse, Paris, 1975, p 44.
لمزيد من التفصيل انظر وقارن:
حسام الدين كامل الأهواني: المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية- دراسة مقارنة-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1975، ص 54 وما بعدها.
حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد- بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء-، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1987، ص 98.
هذا وقد نصت المادة 166 من قانون 85- 05 المعدل والمتمم صراحة على أنه:" لا تزرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المستقبل أو سلامته البدنية ".

الضرورة مثلا حتى مع مُوافقة طرفي نقل الأعضاء (المتبرع والمتلقي)، إذا استأصل الطبيب إحدى كليتي شخص سليم آخر كان يعيش بكلية واحدة. ففي هذا الفرض يعتبر الطبيب مرتكبا لجريمة الجرح المُفضي لعاهة مستديمة، أو جريمة القتل في حالة وفاة المريض.

الأساس الثاني: المصلحة الاجتماعية: تُستمد فكرة المصلحة الاجتماعية من المبادئ العامة للدين والقانون واجتهادات المحاكم، وأخلاق وعادات وتقاليد المجتمع، لذلك فهي تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر.

والمصلحة يقصد بها ما يُتحقق بها نفع أو ما يُدفع بها ضرر.[1]

ويقوم هذا الأساس على المُوازنة بين الخطر الذي يتعرّض له من يحتاج إلى عضوٍ يُنقذ حياته، والمخاطر التي يتعرّض لها من يُقدّم هذا العضو. إذ يتم تقدير ذلك من الطبيب أو اللجنة الطبية حتى تفصل في المسألة.

ولاشك أن العلاج يقوم على جملة من الأصول أو القواعد ومنها: حفظ الصحة الموجودة، ردّ الصّحة المفقودة بقدر الإمكان، تحمُّل أدنى المفسدتين لإزالة أعظمهُما، تَفوِيتُ أدنى المصلحتين لتحصيل أعظمهما.[2]

فحين يتقدم شخص لإعطاء إحدى كليتيه السليمتين لمريض يعاني من فشل كلوي يُهدّده بموت مُؤكّد، فإن النفع الاجتماعي يزيد في مُجمله عما كان قبل إجراء عملية نقل الكلى. وإن انتقص من المُعطي بقدَرٍ محدود وزاد النفع الاجتماعي لمن انقِذَت حياته على نحو واضح وغير عادي، حيث الحصيلة النهائية هي فائدة اجتماعية محققة.

ولاشك أن هناك مخاطر تترتب على العملية بالنسبة لمن يقوم بالتبرع، ولكن هذه المخاطر -وهي محدودة- تستحق أن يتحمّلها باسم التضامن الاجتماعي الإنساني.[3]

غير أننا نشير إلى أن فكرة المصلحة الاجتماعية ذات مفهوم واسع وغامض، يقتضي بيان ضوابطها وشروطها. كما أن فكرة التضامن الإنساني والاجتماعي ذات مفهوم خطر محل شك

---

[1] عبد السميع إمام: الطالب في المقارنة بين المذاهب، الطبعة الأولى، مطبعة حسان، بدون بلد نشر، 1973، ص 72.
[2] الإمام ابن القيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 132، 133.
وانظر كتابه: الطب النبوي، المرجع السابق،ص 114.
[3] مصطفى محمد عبد المحسن: الخطأ الطبي والصيدلي، المرجع السابق، ص 76.
حمدي عبد الرحمان: معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المرجع السابق، ص 132.

وريبة، إذ قد يؤدي إعمالها إلى التحكّم – وهذا غير مستبعد– في الأنظمة الشمولية ذات الطابع الاستبدادي، ومن ثم يتم نقل الأعضاء عُنْوة.

كما أنها تحمل في طيّاتها بذور ما يمكن أن نُسمّيه " الشيوع في الصحة العامة " ، حيث نأخذ من صحة شخص لنُضيفها إلى صحة شخص آخر على سند من أن الحصيلة النهائية اجتماعيا إيجابية.

ومن جهة أخرى فإننا نتساءل عمّا قد ينجُم من مشاكل وآثار عن الجراحة بالنسبة للشخص المتبرع، إذ أن هذا الأخير يتعرّض ابتداءً لعملية جراحية دون حاجة إلى ذلك، وهذه في حدّ ذاتها تمثل خطورة على شخص سليم وبكامل صحته. وفوق ذلك كله لا يأمن الشخص المتبرع ما قد يُفاجئه من خطورة في المستقبل، لاسيما وأن العلم سيظل متطورا ومتجدّدا.

والقول بأن ثمة زيادة النفع الاجتماعي بمجموع الطرفين بعد إجراء عملية نقل الأعضاء، قول يتعامى والتقدير الشخصي الذي يُكنّه الإنسان لذاته.[1]

الأساس الثالث: جواز التعامل في جسم الإنسان: يستند هذا الاتجاه إلى أن بعض حقوق الشخصية أصبحت داخلة في نطاق التعامل، ذلك أن هناك كثير من الاتفاقيات التي تتضمّن قبولا لمخاطر كبيرة بالنسبة لسلامة الإنسان الجسدية كعقود العمل،وعقود الرياضة وغيرها أصبحت محل توافق وتعاقد.

لذلك لا يجوز أن يتقرّر مبدأ المعصومية على نحوٍ مُطلق، بل علينا أن نكتفي بأن نقيّد التعامل الذي يمس الجسد بتوافر شروط معينة.

ففي مقام المعصومية، قد تتعارض مصلحة الفرد مع مصلحة أفراد المجتمع الآخرين، وهذا التعارض لا ينتفي إلا إذا نظرنا للأمر من منطلق التضامن الاجتماعي، حيث يسمح هذا الأخير بإجازة الاتفاقات التي تمثل مساسا بجسم الإنسان في حالات كثيرة.

---

[1] حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 38 وما بعدها.
قارن: سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة المحاماة، السنة السبعون، العددان التاسع والعاشر، نوفمبر وديسمبر 1990، مصر، ص 95.
محمود نجيب حسني: الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة التاسعة والعشرين، 1959، مصر، ص 547.

فينقل بعض الفقه الموضوع من نطاق عدم مشروعية المحل إلى نطاق مشروعية الهدف، إذ بناء على ذلك يمكن أن نناقش عمليتين من ذات النوع، فنُقـرّر مشروعية إحداهما وننتهي إلى عدم مشروعية الأخرى. لذلك يصح القول بأن الاتفاق لا يرِد على الجسد ولكنه يرِد على العملية الجراحية.[1]

وتوضيحا لهذا التوجّه، إذا كان الأصل هو عدم جواز المساس بجسم الإنسان، فإن هذا الأصل يستهدف حظر المساس الضّار دون المفيد. فإذا تجاوزنا حدّ الضّرر تعيّن أن نُبيح المساس المفيد والضّروري، كما أبحنا من قَبل العمليات الجراحية بقصد العلاج. وللوصول إلى هذه النتيجة لابد من النظر إلى العمل في حدّ ذاته وما يسعى إليه من هدف، هل هو القضاء عل عضوٍ تالِف أو مُعطّل، أم أنه لفائدة الغير، أم أنه لمجرّد التجارب الطبية؟

وبالتالي فالمسألة تقديرية، تقوم على الموازنة بين الخطر الذي يتعرّض له الشخص والنتيجة أو المصلحة التي تترتب على هذا المساس، وبين سبب التصرّف ودافِعِه ومدى مشروعيته أو تعارُضِه مع النظام العام. إذ يتحتّم أولا أن يكون السّبب مشروعا، وأن يكون ثمّة تناسب بين المساس بالجسم والهدف من وراء ذلك.[2]

البند الثالث:

شروط نقل وزرع الأعضاء في القانون الجزائري

إذا كان الأصل عدم جواز المساس بجسم الإنسان، فإن الاستثناء المتمثل في إمكانية وصلاحية نقل وزرع الأعضاء، وفقا للأُسُس السالف الإشارة إليها، يجعل مثل هذه العمليات تخضع لجملة من الشروط والضوابط في غاية الأهمية، وتتمثل في الجملة هذه الشروط فيما يلي:

أولا: ضرورة أن يكون الغرض من النقل أو الزّرع علاجيا أو تشخيصيا: تقتضي الكرامة الإنسانية أن تهدف عمليات نقل وزرع الأعضاء إلى تحقيق أغراض علاجية بعيدة عن أي اعتبارات

[1] حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 38.
سعيد سعد عبد السلام: مشروعية التصرف في جسم الآدمي- دراسة فقهية مقارنة-، مطبعة الجامعة، مصر، 1996، ص 92.
[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 515.
حمدي عبد الرحمان: معصومية الجسد، المرجع السابق، ص 78.

أخرى مالية كانت أو غيرها.[1] فيُشترط لإباحة الاستقطاع من جسم المتبرع أن يستهدف به رعاية المصلحة الصّحية للمريض المتلقي وأن يكون ضروريا لذلك.

ثانيا: انتفاء المقابل المالي: إذا كانت الضرورة تبرّر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو وزرعه، إلا أن ذلك لا يُباح إلا بقدر الضّرورة التي أوْجَبته دون زيادة، بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية. ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يُعلّق المُتبرّع رضاه بالاستقطاع من جسمه أوجُثته على قبضه الثمن. ذلك أنه لا يمكن أن تكون أعضاء الإنسان محلا للبيع أو الشراء[2]، إذ أن ذلك يعتبر غير مقبولٍ شرعا وقانونا وأخلاقيا.

ثالثا: ألا يتعرّض المتبرع لأي ضرر أو خطر نتيجة التبرّع: إذ يجب ألا يترتب على الاستقطاع أي ضرر مؤثّر بالمتبرع[3]. وبناء عليه لا يجوز مطلقا استقطاع عضو إذا ترتب عنه موت المتبرّع، ولاسيّما الأعضاء المنفردة كالقلب أو الدماغ، لأن ذلك يُحرم المتبرع من الوظيفة التشريحية لذلك العضو. أما بالنسبة للأعضاء المزدوجة كالكلى أو العينين، فإنه يشترط أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع. إذ متى كان استقطاع أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة، رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع، فلا يباح الاستقطاع[4]. ذلك أن الأساس في هذا أن حماية الشّرع والقانون للجسم لا تتعلق بأعضائه في ذاتها ولكن باعتبارها محلا للمنافع.

رابعا: الموافقة الكتابية الصّريحة من المتبرع على استقطاع عضو منه ونقله إلى المريض. ومُقتضى هذا الشرط أن لا يُقْدم المتبرع على هذا الفعل المحمود (التبرع) إلا على بيّنة ودراية ومعرفة بما يقوم

---

[1] تنص المادة 161 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم على أنه:" لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

[2] تنص المادة 2/161 من القانون رقم 85- 05:" ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ". كما شدد قانون العقوبات الجزائري العقوبة على كل من يقوم بانتزاع عضوا أو نسيجا أو خلايا من شخص مقابل منفعة مالية أو أية منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، بموجب المواد 303 مكرر 16، مكرر 18 من القانون رقم 09 - 01 المؤرخ في 29 صفر 1430هـ الموافق لـ 25 فبراير 2009، المعدّل لقانون العقوبات. ج. ر رقم 15 لسنة 2009. كما شدّد المشرع في نفس القانون بموجب المادتين 303 مكرر 17 ومكرر 19 العقوبة لو تم انتزاع ما سبق الإشارة إليه دون رضاء أو موافقة الشخص، وتشتد العقوبة أكثر متى كان الشخص المنزوع منه قاصرا أو مصابا بعاهة ، طبقا للمادة 303 مكرر 20.

[3] تنص المادة 162 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم على أنه:" لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ".

[4] أحمد شرف الدين: الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 144.

وقد أشار الإمام أبي محمد عز الدين بن عبد العزيز ابن عبد السلام إلى أن استمرار الوظيفة التشريحية لجزء من الجسم أو عدم استمرارها يعد معيارا لمدى إباحة استقطاعه، إذا ما طرأ له ما يجعله مسببا للآلام لصاحبه. لذلك لا يباح استقطاع جزء من الآدمي قطعا لألمه إذا كان القطع مفوّتا لأصل منفعته. انظر كتابه: قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المرجع السابق، ص 90.

به. لذلك أحاط المشرع هذا الشرط بجملة من الإجراءات أو الضوابط [1]، حيث أن موافقة المتبرع الكتابية لا تكون إلا بعد إعلام الطبيب المختص له بطبيعة العمل (التبرع) الذي يُقْدم عليه، والأخطار الطبية المُحتملة التي قد تتسبّب فيها عملية الاستقطاع. كما أن هذه الموافقة لا تُحرّر إلا بحُضور شاهدين، وأن تُودَع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

ونشير إلى أن هذه الموافقة الكتابية ليست مُلزِمة للمتبرع وفقا لنصوص القانون، إذ يستطيع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.

خامسا: أن يكون المتبرع بالعضو أو النسيج كامل الأهلية ومتمتعا بكامل قواه العقلية. فإن كان قاصرا أو بالغا راشدا لكن غير قادر على التمييز، فلا يجوز انتزاع عضو من أعضائه كمبدأ عام، وهذا تطبيقا لمقتضيات المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ويثور الإشكال بالنسبة للقاصر، هل يُعتدّ برضاء وموافقة ممثله الشرعي أم لا؟

لعل إباحة نقل الأعضاء من القصّر ومن في حُكمِهم بشروط وضوابط محددة يشكل الاتجاه الراجح لدى جانب كبير من الفقه [2]، ونحن نؤيد هذا الرأي – استثناء– ولا نرى أي مانع من جواز استئصال عضو من القاصر في حالات وبشروط معينة، يمكن تقسيمها إلى نوعين:

أ– شروط تتعلق بمن يجوز للقاصر التبرع له: إذ ترى غالبية التشريعات والفقه [3] أن يكون ذلك لمصلحة الأخ أو الأخت دون غيرهما. وتبرير ذلك أن هذا التبرع يبقى مُنحصرًا في أضيق الحدود وتحت رقابة ولي الأمر وهما الوالدين أو أحدهما أو حتى ممثله الشرعي، بما يضمن دائما نزاهة ونُبل الباعث، ويُبقي على كيان الأسرة ويُعضّد الروابط بين أفرادها، ناهيك عن فُرص

---

[1] انظر نص المادة 162 من القانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة : الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2002 ، ص 137.
أحمد شرف الدين: الإجراءات الطبية الحديثة وحكمها في ضوء قواعد الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 572.
سميره عايد الديات: المرجع السابق، ص 173.

[3] انظر المادة 02/01 من القانون رقم 1181- 76 الصادر بتاريخ 1976/12/22 والمتعلق بنقل الأعضاء في فرنسا. والمادة 5/671 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل والمتمم. والمادة 05 من القانون رقم 654- 94 المتعلق بزرع الأعضاء في فرنسا.
انظر كذلك: المادة 02 من القانون رقم 31 لسنة 1972 السوري.
والمادة 02 من القسم الثاني من قانون زراعة الأعضاء البريطاني الصادر بتاريخ 27 جويلية 1989.
Voir aussi : Doll. J.P: La discipline des greffes des transplantations et des autres dispositions concernant le corps humain, collection de médecine légale et de toxicologie médicale, éd. Masson etcie, Paris, 1970, p 75.
أحمد محمود سعد: زراعة الأعضاء بين الحظر والإباحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 86.

النجاح الكبيرة التي تتمتع بها عملية زراعة العضو وذلك للتقارب الجيني بين الإخوة وتماثل أنسجتهم.

ب- الشروط المتعلقة بالأعضاء التي يُمكن للقصّر التبرع بها : فإنه يمكن الاستنتاج والقول أن التشريعات والتوصيات في هذا المجال قد قيّدت وحصرت الأعضاء التي يمكن نقلها من القصر. وفي هذا الصدد نشير إلى أن التقرير الصادر عن منظمة الصحة العالمية والمتعلق بعمليات نقل وزراعة الأعضاء قرّر في المبدأ الرابع من مبادئه أو قواعده أن النقل من القاصر يكون مقصورا على الأنسجة المتجدّدة فقط دون غيرها من الأعضاء أو الأجزاء التي متى انفصلت عن الجسم فإنه لا يمكن استبدالها أو تجددها تلقائيا [1]. كما أباح المشرع الفرنسي ذلك النقل فيما يتعلق بالنخاع العظمي (Moelle Osseuse).[2]

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فبناءً على ما سبق الإشارة إليه من آراء فقهية وتشريعية تُجيز نقل الأعضاء من القاصر بضوابط وشروط معيّنة، فإنّنا ندعم رأينا بما نص عليه المشرع في المادة 2/168 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم بقوله: " يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي" [3]. ولاشك أن موضوع التجارب الطبية أشدّ خطرًا وأكبر مُجازفةً بالنسبة للشخص مُقارنة مع استئصال عضو منه وزرعه في أحد أشقّاءه، لاسيّما وأن نقل العضو يُرتَجى منه فائدة كبيرة راجحة. قلت ومع ذلك فقد أجاز المشرع موافقة الممثل الشرعي للقاصر في مثل هذه التجارب، فمن باب أولى أن يؤخذ بموافقته بالنسبة لاستقطاع أحد أعضائه وزرعها في جسم أحد إخوته.

كما نستنبط ضرورة الأخذ بموافقة الممثل الشرعي للقاصر بالنسبة لاستقطاع أحد أعضائه، باعتبار أن استقطاع أو بَتر عضو ينطوي على خطر جدّي وحقيقي على القاصر- باعتباره سيصبح مريضا ولو مؤقتا-، مما ورد في نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب.[4]

---

[1] Guiding Principle n°4 of human organ transplantation report, A report on developments under the auspices of who (1987- 1991), world health organization, Geneva, 1991, p 08.
[2] Art. L. 671/4 du code de la santé publique modifiée et complétée.
[3] انظر المادة الثانية من القانون رقم 90- 17 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ الموافق لـ 31 يوليو 1990م المعدل والمتمم للقانون رقم 85- 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والمتضمنة تعديل المادة 168.
[4] تنص المادة 44 على أنه:" يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة، و لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ".

إضافة إلى ذلك نص المشرع في المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب على جواز الاعتداد بموافقة الوصّي الشرعي للقاصر صراحة بقوله: " لا يجوز إجراء أي عملية بَتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصيّه الشرعي وموافقته ".

ونشير في آخر هذا الشرط أن مما ينطوي تحته كذلك عدم جواز انتزاع الأعضاء أو الأنسجة من الأشخاص المُصابين بأمراضٍ من شأنها أو طبيعتها أن تضرّ بالمتبرع أو حتى بالمُتلقِي، وفقا لما نصت عليه المادة 136 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

سادسا: متى كنا بصدد نقل أعضاء من ميت وفقا لما خلصنا إليه من جواز النقل من الأموات[1]، فإنه يُشترط ضرورة التحقق من موت الشخص عن طريق الإثبات الطبي والشرعي للوفاة حسب المقاييس العلميّة. ولا ينبغي الانتزاع في هذه الحالة إلا بعد الموافقة الكتابية للشخص المتوفى أثناء حياته، أو موافقة أعضاء أسرته الرّاشدين على الترتيب: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت. فإن لم تكن للمتوفى أسرة يُطلب الإذن من الولي الشرعي.[2]

ونشير في هذا الصّدد إلى خطأ الطبيب المُوجب لمسؤوليته متى أقدم على انتزاع عضوٍ من شخص ما، لم تثبت وفاته الشرعية الطبية الحقيقية بعد.[3]

سابعا: أن تكون المصلحة المترتبة عن زراعة العضو أو النسيج البشري لدى المريض المُتلقِي جديّة وراجِحة، ولا تكون كذلك إلا إذا كان زرع العضو أو النسيج يمثل الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض المستقبِل لهذا العضو أو النسيج أو على سلامته البدنية [4]. إذ يتوقف الأمر على الموازنة كما أسلفنا الذكر بين المصالح والترجيح بينها، إذ متى ثبت أن مصلحة المريض في زراعة عضو بِقصد حماية حياته والحفاظ على صحته، أعظم وأولى من مصلحة المتبرع – متى لم تؤثر على حياته أو على صحته بشكل ضار وكبير–، جاز إجراء عملية نقل وزراعة العضو.

---

[1] راجع في ذلك ما سبق وأن أشرنا إليه بالتفصيل في الصفحة 316 وما بعدها.
[2] انظر المادة 164 من قانون حماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم.
[3] راجع بشأن مفهوم الوفاة وشروط تحققها الصفحة 82 وما بعدها.
[4] نصت على ذلك صراحة المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ثامنا: ضرورة أن تُجرى عمليات نقل وزراعة الأعضاء في مستشفيات مرخّص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة، تتطلّب بداهة موارد بشرية متخصّصة ذات كفاءة عالية، وإمكانات مادية وأجهزة متطورة للإشراف على مثل هذه العمليات وفقا لما تَطلّبه المشرع في المادة 167 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم.

تاسعا: لا يمكن إجراء عملية نقل وزرع الأعضاء إلا بقرار من لجنة طبية تنشأ على مستوى الهياكل الإستشفائية المرخص لها بإجراء هذه العمليات، تتشكل من عدد من الأطباء لا يقل العدد عن ثلاثة. ونُنبّه في هذا المقام أنه لا يجوز للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون ضمن المجموعة التي تقوم بعملية الزرع.[1]

عاشرا: يجب أن تتم عملية نقل وزرع الأعضاء دون الكشف عن هوية المتبرع بالنسبة للمستفيد، وكذا هوية هذا الأخير بالنسبة لعائلة المتبرع، كما نصت على ذلك المادة 2/165 من القانون رقم 90- 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها. ولاشك أن المشرّع قصَد من وراء ذلك تحقيق التوازن النفسي لدى كلا الطرفين المتبرع والمتلقي، والتوازن الاجتماعي والحفاظ على الروابط الاجتماعية، حتى لا يكون هناك فضلُ أو مِنّة أو تسلّط من أحد على الآخر.

هذه في الجملة الشروط القانونية التي خلصنا إليها من خلال استقرائنا للنصوص القانونية، لإباحة إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء والأنسجة البشرية. يقتضي ذلك أن مخالفة الطبيب لأحد هذه الشروط وعدم مراعاتها، من شأنه أن يجعل تصرّفه مَعِيبا ومخالفا لقواعد القانون، مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار المترتبة عن إخلاله باعتباره قد ارتكب خطأ مهنيا.

البند الرابع:
صور بعض أخطاء عمليات نقل وزرع الأعضاء

[1] انظر نص المادة 165 من القانون رقم 90- 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها.
وانظر في هذا المعنى: أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 83.
Alain Bensaussan: Les biotechnologies- l'éthique biomédicale et le droit hermes, Paris, 1995, p 103.

تـطـبـيـقـــات الخطــأ الـــطـــبي

لاشك أن خطأ الطبيب يقوم متى توافر شرط من شروط الخطأ الطبي عموما، والتي سبق وأن أشرنا إليها من جهة، أو لم يُراع الطبيب الشروط التي ذكرناها آنفا والمتعلقة بنقل وزراعة الأعضاء من جهة أخرى.

يتحقق خطأ الطبيب الموجب لمسؤوليته المدنية إذا لم يراع توافر رضاء كل من المتبرع والمريض المتلقي. بل وأكثر من ذلك حتى ولو وُجِد هذا الرضا، غير أنه لم يكن حرا ومستنيرا، أي صريحا ومتبصرا[1]، كان تصرف الطبيب مَعيبا، مما يشكل خطأ طبيا يوجب مسؤوليته عن الأضرار المترتبة. إذ يتعين على الطبيب تبصير كل من المريض المُتلقِي ولاسيّما المتبرّع بأهمية العضو المراد استقطاعه، ومدى نسبة احتمال نجاح العملية من فشلها، وطبيعة الآثار والنتائج المترتبة عن الاستقطاع والزّرع معا.

كما استقر رأي القضاء ولاسيما الفرنسي منه، على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية للمريض وللمتبرع قبل إجراء عملية الاستئصال والزّرع أو بعد إجرائها يُعتبر أمرا ضروريا. وأي إهمال من الطبيب لمثل هذه الفحوص يشكل خطأ من جانبه يُقيم مسؤوليته.[2]

وفي العموم تقوم مسؤولية الطبيب المدنية بلا أدنى شك عند ارتكابه لأي خطأ طبي، كاستئصال عضوٍ سليم بدلا من العضو المعطّل، أو كما لو أجرى للمريض عملية زرع عضو أو استقطاعه دون أن يبيّن لأطراف العملية الطبية المخاطر والآثار العَرَضية المُحتملة عن العمل الطبي[3]. أو قام بإجراء العملية دون التأكد من توافق الأنسجة وصلاحية العضو المطلوب نقله، ليؤدّي الغرض ويحقق الهدف المُتوخَّى منه في جسم المتلقي.

---

[1] Marc Sabek: Les responsabilités du chirurgien- dentiste, éd les études hospitalières, Bordeaux (France), 2003, p 42- 45.

Voir aussi: Jean Guigue: Responsabilité civile du médecin- devoir d'information, Gaz. Pal, 124eme année, n° 107à 108, 16 et 17 avril 2004, paris, p 17 et 18.

وانظر: إبراهيم سيد أحمد: المرجع السابق، ص 30.

[2] أحمد محمد بدوي: نقل وزرع الأعضاء البشرية، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية، القاهرة، 1999، ص 27.

[3] منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن-، 1995، ص 127.

محمد عبد الوهاب الخولي: المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، دون دار ولا بلد النشر، 1997، ص 127. أشار إلى هذا المرجع: رايس محمد: المرجع السابق، ص 228.

ويتحقق خطأ الطبيب أيضا متى لم يتخذ جميع الاحتياطات اللازمة لإجراء مثل هذه العمليات، أو تسرّع في إجرائها دون مراعاته لجانب الحيطة والحذر، مما يثبت مسؤوليته نتيجة إهماله وتقصيره في مثل هذه العمليات بالغة الأهمية والتعقيد.

إذ ليس من العدالة أو المنطق التضحية بصحة إنسان غير مريض من أجل احتمال توفير هذه الصحة لإنسان عليل آخر.

كما يقوم خطأ الطبيب في مثل هذه العمليات، انتزاعه لعضو أو نسيج من جسم شخص ما أشرَف على الوفاة، دون التحقق من صحة وفاته طبيا وعلميا [1]. إذ كثيرا ما يُسارع بعض الأطباء لانتزاع عضو ما من إنسان في آخر لحظات حياته، بغرض المحافظة على ذلك العضو، والتمكّن من زراعته بالنسبة لمريض آخر. ولاشك أن ذلك يعتبر خطأ موجبا للمسؤولية المدنية والجنائية معا، على أساس عدم مراعاة الأحكام والضوابط والشروط القانونية والشرعية المعتبرة في نقل الأعضاء من جثت الموتى.[2]

وخلاصة القول أن مسؤولية الطبيب في مجال نقل وزراعة الأعضاء تقوم نتيجة ارتكابه خطأ طبيا ثابتا، بسبب عدم مراعاته للأصول العلمية الطبية المستقرة في مثل هذه العمليات، والتي تتطلب بحد ذاتها شروطا استثنائية قد تطلبها القانون، فضلا عن طبيعة العملية بحد ذاتها. لذلك يتوجب في مثل هذه العمليات أن يكون الطبيب اختصاصيا في العضو المراد نزعه أو زرعه.

ونشير في الأخير إلى أن مسؤولية الطبيب لا تنهض إلا نتيجة لخطأ طبي ثابت على وجه اليقين ومحقق، الأمر الذي حدا بالفقه إلى القول بأن التزام الطبيب هو التزام بتحقيق نتيجة محددة، مفادها ألا يُصيب الشخص مُتبرعًا كان أو مريضًا مستقبلاً أيّ ضرر، بل ولا تسوء حالته مقارنة عما كانت عليه من قبل بسبب هذا التدخل الجراحي. ذلك أن وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ.[3]

---

[1] بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المرجع السابق، 575.
حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص 162.

[2] بلحاج العربي: معصومية الجثة في الفقه الطبي الإسلامي، مجلة الحقوق، العدد الرابع، السنة الثالثة والعشرون، ديسمبر 1999، الكويت، ص 173.
وانظر لنفس المؤلف: مشكلة الميت الحي من منظور إسلامي، مجلة منار الإسلام، العدد الثاني عشر، 1421هـ، أبو ظبي- الإمارات العربية المتحدة، ص 54.

[3] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 233.

تـطــبــيــقـــــات الخطــأ الـــــطـــبي

إن ما يمكن استخلاصه مما سبق بيانه أن الخطأ الطبي قد يأخذ عدة صور مختلفة، وقد اقتصرنا على هذه الطائفة من أهم صُور الخطأ في الحياة العملية. وإذا كانت تطبيقات الخطأ الطبي قد تختلف، وصوره قد تتعدّد وتتداخل، فهل يَرقَى ذلك ليشكل صعوبة في إثبات الخطأ الطبي؟ وهل يؤثر ذلك في عبئ وكيفية إثبات هذه الأخطاء على اختلافها ؟

هذا ما سنحاول البحث بشأنه والإجابة عن مختلف التساؤلات المرتبطة به من خلال الفصل الموالي.

حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص 102 وما بعدها.

يثور التساؤل الدائم والمستمر لدى رجال القانون خاصة والناس عامة عن سبب مسؤولية محدث الضرر، لماذا يسأل مسبّب الضرر؟ فتأتي الإجابة المباشرة عادة ، لأنه ارتكب خطأ.

وعلى هذا الأساس تعني المسؤولية المدنية بوجه عام تحمل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الإنسان، سواء كان خروجا عن ما تأمر به قواعد الأخلاق، أو خروجا عن ما يأمر به القانون. فتكون المسؤولية في الحالة الأولى خلقية وفي الثانية قانونية.[1]

وقد راعت غالبية التشريعات الحديثة قواعد المسؤولية المدنية وأَوْلتها العناية والاهتمام، بدءا بالقانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر الخطأ أساسا للمسؤولية في نص المادة 1382 بقوله: " كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويسبب ضررا يلتزم من أوقع ذلك الفعل الضار بخطئه أن يعوض هذا الضرر".

وإذا كان هذا النص يشكل أساسا للمسؤولية المدنية التي قنّنها القانون الفرنسي نقلا عن دوما وبوتييه، فإن المشرع الفرنسي أتبعها وكرّسها بنصوص أخرى، وهي المواد 1383 التي تقرّ مسؤولية الشخص حتى عن خطئه الناجم عن إهماله وعدم تبصره فضلا عن الفعل العمدي، أما المادة 1384 التي تتناول مسؤولية ذوي الحِرف ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة، وكذا المادتين 1385 و1386 بشأن المسؤولية عن الحيوان وعن البناء.

ولاشك أن هذا يعتبر حرصا من المشرع الفرنسي وتطبيقا لما اعتنقه واقتنع به من مبدأ عام وهام وهو قيام المسؤولية على أساس الخطأ.

هذا عن النصوص القانونية التي تؤسس قواعد المسؤولية على فكرة الخطأ، أما عن القواعد والأسس المنطقية فلاشك أن الشخص الذي تسبب في إحداث الضرر بخطئه يلزم بالتعويض. ذلك أن المسؤولية تتقرر عند ثبوت الخطأ، وتنتفي عند انتفائه. وهذان وجهان لعملة واحدة أساسها المنطق ليس إلا. وما دام المبدأ متفقا مع المنطق السليم فإنه بالتالي لا يحتاج لأي تبرير.[2]

كما تبرز أهمية الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية من خلال قيمته المعنوية باعتباره يحقق المعنى الأصيل للعدالة، ولاشك أن هذا المعنى هو الذي دفع إلى التفريق بين الأفعال الخاطئة عن غيرها، إذ

---

[1] حسن علي الدنون : المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول (الضرر)، شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، 1991، ص 04.
[2] Tunc André : La responsabilité civile, Paris, 1981, p 98.

أن فكرة العدالة هي التي تسيطر على حياة الإنسان فتجعله مسؤولا عن أخطائه التي تسبب ضررا للغير فقط[1]. ذلك أن التزام الشخص بتعويض الضرر الذي سببه بخطئه يعتبر مطلبا أساسيا وعادلا.

من جهة أخرى تظهر القيمة الاجتماعية للخطأ من خلال سير نمط الحياة في المجتمع، حيث يكون الخطأ هو أساس المسؤولية المهنية [2]، ذلك أن هذه المسؤولية هي الأداة التي تمكن من تحقيق التوازن بين حرية الإنسان وواجباته تجاه الآخرين في حياته الاجتماعية.

فتأسيس المسؤولية المدنية على فكرة الخطأ يحفظ حرية الإنسان وكرامته، كما يعتبر أحسن وسيلة لتصحيح السلوك الإنساني. إذ أن اعتبار الخطأ كأساس المسؤولية يحمل الإنسان على السلوك الاجتماعي السَوِيّ، ويمنحه القدرة على الاختيار بين الحسن والقبيح، والتمييز بين الخير والشّر.

إن هذا الوضع ما كان ليستمر نظرا للتطور المتزايد والمستمر لنمط الحياة الاجتماعية والاقتصادية، مما كان له بالغ الأثر على قواعد المسؤولية المدنية عموما والمسؤولية الطبية خصوصا. وقد أثار موضوع تطور المسؤولية الطبية نقاشا واسعا وعميقا، كان ولازال من أبرز الإشكالات التي يطرحها ما يتعلق بمكانة ودور الخطأ. هل المسؤولية الطبية تستند إلى ركن الخطأ وفقا للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية ؟ وإذا كان هذا الأمر كذلك فهل أثّرَ هذا الخطأ في تحديد طبيعة هذه المسؤولية كونها تقصيرية أم عقدية ؟ أم أن هذا التقسيم الثنائي التقليدي أخذ في التراجع والتلاشي، نظرا للتطور العلمي الذي شهده المجالين الطبي والقانوني، ولم يعد كافيا ومواكبا لحماية حقوق المرضى؟

كما نتساءل هل الممارسة الواقعية للاجتهاد القضائي – ولاسيما الفرنسي – ودور الفقه وغيره قد ساهم بقدر ما في الحدّ من دور الخطأ وتقزيم مكانته وأهميته ؟

هذه الإشكاليات المحورية والأساسية حاولنا معالجتها من خلال هذا الفصل والذي قسمناه إلى مبحثين: تناولنا في الأول منهما فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الشخصية، ثم تطرقنا في المبحث الثاني لمكانة الخطأ في إطار المسؤولية الموضوعية.

---

[1] Tunc André : op.cit, p 99.

[2] أسعد عبيد عزيز الجميلي: المرجع السابق، ص 46.

المبحث الأول:
الخطأ كأساس للمسؤولية الشخصية

إن موضوع المسؤولية الطبية وكيفية تحديد مداها لم يكن بالأمر الهيّن، نظرا لارتباط الأمر بجسم الإنسان وحياته ومشاعره، مما أثار جدلا واسعا لدى الفقه والقضاء حول هذه المسؤولية الطبية من حيث طبيعتها. بين قائل إنها ذات طبيعة تقصيرية، وقائل بأنها ذات طبيعة عقدية.[1]

وقد استند كل اتجاه إلى عدة اعتبارات وحجج رأى أنها تسند رأيه وتضعف رأي الاتجاه الآخر، الأمر الذي يدفعنا وبإلحاح شديد لبيان وتوضيح الأهمية القانونية والعملية لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية أولا، قبل الخوض في تفصيل كل منهما في المطلبين التاليين.

الأهمية القانونية والعملية لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية:

تقوم المسؤولية المدنية عموما حينما يُخل الشخص بالتزام قانوني، سواء أوجده القانون أو الاتفاق. ففي المجال الطبي متى أخل الطبيب بواجبه القانوني في التزام الحيطة والحذر واليقظة، مما سبب ضررا للمريض، كان مسؤولا مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة العقدية.[2]

أما إذا أخلّ الطبيب ببنود أو التزاماته الناشئة عن عقد العلاج (العقد الطبي) الذي يربطه بالمريض، وتسبب ذلك في حدوث ضرر للمريض، كان الطبيب مسؤولا مسؤولية عقدية.

[1] محمد وهيبة: المرجع السابق، ص 267.
أنور العمروسي: المرجع السابق، ص 267 وما بعدها.
عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 232.
وانظر: حكم محكمة القاهرة الابتدائية: 1962/01/22، مجلة المحاماة، العددين التاسع والعاشر، السنة الخامسة والأربعون، مصر، ص 597.

[2] إياد مصطفى عيسى درويش: الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، بحث لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة دمشق، دمشق، 2005، ص 17.

إن هذا الوضع جعل من المسؤولية المدنية نوعان، مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية، دفعت بكثير من رجال الفقه والقضاء قديما وحتى حديثا إلى تبني هذا التقسيم، وإيجاد التطبيقات المختلفة له، رغم الانتقادات اللاذعة الموجهة إليه.[1]

غير أنه بالرغم من الانتقادات التي وجهت لهذا التقسيم، فإن ما يخفف من وطأته في مجال المسؤولية الطبية، أن القضاء المقارن وإن اختلف في تكييف الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية بين تقصيرية وعقدية، إلا أن الاتفاق يبدو راسخا والإجماع منعقدا حول مناط التزام الأطباء كونه في الأصل التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.[2]

من جهة أخرى نجد أن العديد من الفقهاء[3] قد احتفظوا بهذا التقسيم الذي أيده القضاء[4]، وأن ذلك الاحتفاظ وهذا التأييد جعل الأمر يبدو وكأنه قد خُلق هكذا حتى تتباين المراكز القانونية من خلال اختلاف طبيعة المسؤولية الطبية.

وتبرز الأهمية القانونية لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية من خلال معالم التمييز والاختلاف التالية:

أولا: من حيث درجة الخطأ: تقوم مسؤولية الشخص التقصيرية متى ارتكب خطأ سبب ضررا للغير وفقا للمادة 124 ق.م. إذ يبدو ظاهرا أن المشرع الجزائري شأنه شأن القضاء سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر في بدايته، وكذلك جانب من الفقه لا يشترط درجة معينة من الخطأ في

---

[1] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.
حسن زكي الأبراشي: رسالته السابقة، ص 13، هامش 01.

[2] ماجد محمد لافي: المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي - دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 216.
طلال عجاج: المرجع السابق، ص 100.
عبد الله محمد علي الزبيدي: مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق ، العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، شعبان 1426هـ/سبتمبر2005م، الكويت، ص 274.
قارن في ذلك: مروان كساب: الخطأ العقدي وآثار العقد، الطبعة الأولى، مطابع واكد، بيروت، 2000، ص 19.
Voir aussi : Savatier René : Traité de responsabilité, op. cit, Tome 2, p 381.
Jean Penneau : La responsabilité du médecin, op. cit, p 09.

[3] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 749 وما بعدها.
سليمان مرقس: بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، جمع وتنسيق: هدى النمير، دون دار نشر، مصر، 1987، ص 317.
محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 08 وما بعدها.

[4] قرار المحكمة العليا: 1988/07/16، ملف رقم 52862، م. ق، العدد الأول، 1991، ص 120-122.
قرار المحكمة العليا، غ. إ: 1991/01/13، ملف رقم 75670، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 127- 131.
قرار المحكمة العليا: 1995/05/30، ملف رقم 118720، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 127.
قرار المحكمة العليا: 1998/10/20، ملف رقم 5755، م. ق، العدد الثاني، 1998، ص 102-105.

نطاق المسؤولية التقصيرية. حيث انتهجت العديد من الأحكام عدم اشتراط قدر معين من الخطأ، إذ يكفي حتى الخطأ التافه لقيام المسؤولية التقصيرية.[1]

غير أنه في نطاق المسؤولية العقدية، فالمبدأ أن مسؤولية المدين لا تثور إلا إذا أخل بما هو ملتزم به بوصفه الرجل الحريص وفقا لمعيار موضوعي.[2]

ولاشك أن التمييز بشأن طبيعة الخطأ في نطاق المسؤولية الطبية يختلف من حالة لأخرى تبعا لاختلاف نوعي المسؤولية، فتكون مسؤولية الطبيب التقصيرية قاسية إلى حد ما، لأنها تتابعه حتى عن أتفه الأخطاء وأبسطها. أما لو أنها اعتبرت ذات طبيعة عقدية لاستند إلى معيار موضوعي لوزن الخطأ أو الفعل الضار الحاصل من المسؤول.

ويبدو لنا من وجهة نظرنا أن الأخذ بهذا القول فيه خلط كبير، بل ويتعارض مع استقرار قواعد المسؤولية الطبية في مجملها. الأمر الذي يدفعنا للتأكيد على ما سبق وأن أشرنا إليه[3] من عدم مراعاة درجة الخطأ في تقدير المسؤولية، فكل خطأ مهما كان تافها يكفي لقيامها. ذلك أن العديد من التشريعات لا تحدد درجة معينة للخطأ.

ثانيا: من حيث الأهلية: تستلزم المسؤولية العقدية توافر أهلية الأداء التي يستلزمها القانون الموضوعي الذي يحكم التصرف، لأنه يرتكز على الإرادة. وبناء على ذلك فعديم التمييز غير مسؤول عقديا لأن كل تصرفاته باطلة [4]، وبما أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا وجد عقد صحيح فلا محل لها ولا وجود لها بالنسبة لعديم التمييز. في حين يكفي في المسؤولية التقصيرية مجرد التمييز، كما نص على ذلك المشرع الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات العربية.[5]

ثالثا: من حيث الإعذار: لا يكفي وقوع الخطأ أو تقصير المدين لتوافر المسؤولية العقدية، بل يلزم فضلا عن ذلك ضرورة إعذار المدين وفقا لما نص عليه المشرع في المادة 179 ق.م. وهكذا يتجلى لنا بوضوح ضرورة الإعذار لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية كأصل عام [6]، ما لم

---

[1] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 147.
[2] عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 11، 12.
أحمد شوقي محمد عبد الرحمن: المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 10، 11.
حسين عامر: إلغاء العقد، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، ، مصر، 1953، ص 340.
[3] راجع في ذلك الصفحة 108 وما بعدها.
[4] وفقا لنص المادتين 78و 79 ق.م والمادتين 82و 83 ق أ.ج.
[5] أنظر المادة 125 ق.م.ج ، المادة 164 ق.م، مصري، المادة 165 ق.م، سوري، المادة 278 ق.م، أردني، الفصل 96 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي، الفصل 105 ق.م، تونسي، المادة 167 ق.م، ليبي، المادة 2/122 ق.م، لبناني.
[6] يرد على هذا المبدأ استثناءات نصت عليها المادة 181 ق.م تتضمن إعفاء الدائن من إعذار المدين.

يكن الالتزام العقدي التزاما بامتناع عن عمل وتعمد فعله المدين فلا مجال للإعذار. ذلك أن الهدف من الإعذار هو حمل المدين على تنفيذ التزامه، وإلا حكم عليه بالتعويض.

غير أنه لا حاجة للإعذار في المسؤولية التقصيرية كما نص على ذلك صراحة المشرع الجزائري في المادة 3/181 ق.م، لأن مناط الالتزام فيها هو الالتزام بعدم إحداث ضرر للغير.

رابعا: من حيث الاختصاص: يقتصر الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية العقدية المدنية على الأقسام المدنية، في حين أن الأقسام الجنائية تختص بنظر المنازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية إذا كان الفعل يشكل جريمة.

أما من حيث المحكمة المختصة بنظر التعويض فهي محكمة المدعى عليه في المسؤولية التعاقدية، ما لم يتفق المتعاقدان على اختصاص محكمة أخرى، أو ما لم يكن القانون قد عين الاختصاص كما هو الشأن في القانون التجاري.[1]

أما في إطار المسؤولية التقصيرية فينعقد الاختصاص للمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار الناتج عن فعل تقصيري أو جريمة، وفقا لما نصت عليه المادة 2/39 ق. إ. م. إ.

خامسا: من حيث الإثبات: يكون مدعي التعويض في إطار المسؤولية العقدية غير مكلف بإثبات خطأ خصمه، وإنما يكفي أن يدلل على وجود عقد بينهما، وأن الالتزام الناشئ عن العقد لم ينفد، وإنه – المدعي– قد لحقه ضرر نتيجة ذلك.

وعلى ذلك يكون عبئ الإثبات في الواقع على عاتق المدين المسؤول للتخلص من هذا الإدعاء، بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ – بمعنى أنه قام بتنفيذ التزامه–، أو أن عدم التنفيذ مرده إلى السبب الأجنبي أو خطأ الدائن.

بينما في مجال المسؤولية التقصيرية فيقع على عاتق المضرور – المريض– إثبات الخطأ و الضرر الذي ينسب إلى المسؤول أنه أحدثه به.[2]

سادسا: من حيث تقدير التعويض وشكله: يختلف تقدير التعويض في حالات المسؤولية العقدية عنه في حالات المسؤولية التقصيرية، وقد كان هذا الوجه من البحث من أهم الصعوبات

قرار المحكمة العليا: 2000/01/12، ملف رقم 206796، قضية (أ،م) ضد (ش.أ.م.ت.ن)، م.ق، العدد الأول، 2001، ص 110- 113.

[1] انظر المادتين 37 و 4/39 من ق. إ. م. إ.

[2] محمد فهر شقفة: المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون، العدد الخامس، السنة السادسة والثلاثون، أيار 1971، سوريا، ص 140.

التي واجهت طريق أنصار وحدة المسؤولية. إذ لا يمكن حسب رأينا عند تقدير التعويض إغفال التفرقة القائمة بين كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ذلك أن التشريع والقضاء قد أقرا هذه التفرقة بين نوعي المسؤولية.

ففي المسؤولية العقدية تقدير التعويض يخضع لأربعة أوجه: أولها: أن القانون يوجب على القاضي مراعاة اعتبارات خاصة عند تقدير التعويض، حسب ما قررته المادة 182 ق.م.ج، إذ يتعيّن على القاضي أن يراعي عند تقديره للتعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.

أما عن الوجه الثاني فلا يكون المدين مسؤولا إلا عن تعويض الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر. حيث اشترط المشرع في الفقرة الأولى من المادة 182 أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء، وأن الضرر يعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يوقف نتائجه، أما غير المباشر فهو الذي لا تربطه صلة السببية بالفعل الذي نشأت عنه المسؤولية، ويمكن تفادي نتائجه ببذل قدر من الجهد، كما قضى بذلك كل من التشريع والقضاء الجزائريان.[1]

أما الوجه الثالث فإن المدين لا يكون مسؤولا إلا عن الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد، ولا يسأل عن الضرر غير المتوقع ما لم يكن قد ارتكب غشّا أو خطأ جسيما، كما قضى بذلك المشرع في نص الفقرة الثانية من المادة 182 ق.م.ج.

في حين الوجه الرابع يجعل من التعويض منحصرا في إطاره العقدي عن الأضرار المادية وحدها دون الأضرار الأدبية التي تدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية وهذا ما نص عليه المشرع من خلال المادتين 182 و183 ق.م.ج.

أما في إطار المسؤولية التقصيرية، فإن الوضع يختلف تباعا لما ذكرناه سابقا: إذ أن القاضي لا يتقيد في تقدير التعويض بما تشترطه المادة 182 ق.م، وإن كان يجوز له أن يسترشد عمليا بتلك الأحكام في تقدير التعويض. كما أن الشخص المسؤول مقترف الخطأ قد يكون مسؤولا – في بعض الأحيان– حتى عن الضرر غير المباشر، كما يمكن الحكم بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير

---

[1] انظر المادة 2/182 ق.م.ج.
وانظر قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1985/11/27، قرار رقم 41783، قضية (ت.ح) ضد (ح.م).
سمير عبد السيد تناغو: المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام-، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون تاريخ، ص 316.
ولتفصيل أكبر حول موضوع الضرر المباشر وغير المباشر يراجع بحث: أحمد عبد الكريم أبو شنب: أحكام المسؤولية عن فعل الشيء في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي، مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثالث (نيسان)، 2001، جامعة آل البيت، الأردن، ص 13 وما بعدها. حيث فصل تفصيلا دقيقا أحكام وأحوال الضرر المباشر وغير المباشر سواء في الفقه القانوني أو الفقه في إطار المباشرة والتسبب، كما سنبينه لاحقا في المطلب الموالي.

المتوقع[1]. فلو أن لاعبا متميزا تقدم لإجراء عملية جراحية على ساقه مثلا، وكان الطبيب يجهل صفته أو مهنته فألحق به ضررا، فنكون أمام أحد الطريقين: فإذا اعتبرنا مسؤولية الطبيب عقدية سُأل هذا الأخير عن تعويض لهذا اللاعب كأي شخص عادي آخر، بمعنى تعويضه عن الضرر المتوقع. أما إذا اعتبرنا مسؤولية تقصيرية فإن الطبيب يُسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، بمعنى يُسأل عن تعويض هذا الشخص بصفته لاعبا، وهو حتما تعويض أكبر من الأول. أما عن التعويض فيمكن أن يتقرر في إطار المسؤولية التقصيرية حتى عن الضرر الأدبي عن طريق مبلغ من المال، حيث استقر الرأي لدى الفقه على تعويض الضرر الأدبي كما يعوض عن الضرر المادي، وفي هذا الصدد قضى المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر على أن: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

أما عن شكل التعويض: فرغم ما أثير حول التنفيذ العيني والتنفيذ بمقابل من مسائل تتعلق بشكل التعويض، حيث أن هناك جانبا من الفقه يرى أن المسؤولية العقدية لا يتصور فيها التعويض إلا نقدا، مستندين في ذلك إلى نص المادة 1142ق.م.ف بمقولة إن عدم الوفاء بالالتزام عن عمل يجعل هذا الالتزام يستحيل أن ينقلب إلى تعويض بمقابل.[2]

فرغم ما أُثير إلا أننا نقول أن القانون الجزائري قد جعل التنفيذ العيني هو الأصل وغيره استثناء، ويظهر ذلك جليا من خلال نصوص القانون المدني التي تجبر المدين على التنفيذ العيني متى كان ممكنا المواد 164، 174، 175 ق.م.ج. كما يظهر ذلك بجلاء من خلال نص المادة 176، والتي يُفهم من استقرائها أن التنفيذ العيني هو الأصل، ذلك أن التعويض لا يكون إلا عند استحالة التنفيذ العيني.

وفي مجال بحثنا هذا للمسؤولية الطبية، فإننا لا نرى مانعا من الأخذ بالتنفيذ العيني في إطارها، باعتبار أن هذا الشكل من التنفيذ هو القاعدة والتعويض النقدي هو الاستثناء.

---

[1] Nour-Eddine Terki : op.cit, p 28.

[2] عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 12.
مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 03.
حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 528.

سابعا: من حيث الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية: لاشك أن إرادة المتعاقدين هي المحركة للعقود، ومادام الأمر كذلك فإن هذه الإرادة يمكن لها أن توجد اتفاقا خاصا على الإعفاء من المسؤولية ومن باب أولى التخفيف منها[1] إلا ما استثني بنص خاص.[2]

أما المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها إطلاقا، وهو ما قررته الفقرة الثالثة من المادة 178 ق.م.ج بقولها: " ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

وإن كانت لنا ملاحظة حول عبارة المشرع " الناجمة عن العمل الإجرامي "، إذ الأولى والصواب حسب ما نراه أن تكون العبارة كالتالي " الناجمة عن العمل التقصيري "، ذلك أن هذه العبارة تؤدي المعنى الصحيح للنص في إطار حديثه عن المسؤولية التقصيرية، كما أنها ترجمة سليمة متماشية مع النص المحرر باللغة الفرنسية.

ونود أن نشير إلى مسألة مهمة في هذا الصدد بشأن الإعفاء من المسؤولية متى تعلق الضرر بجسم الإنسان – وهو ما ينطبق على الأخطاء الطبية. وفي هذا الاتجاه يرى الأخوان مازو Frère Mazeaud أن اشتراط الإعفاء من المسؤولية غير جائز في كلتا المسؤوليتين متى كان الضرر ماسا بسلامة الإنسان[3]، كما هو الحال في الأخطاء الطبية، لأن الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للتعاقد. وقد كرّس هذا التوجه قانون المسؤولية الطبية الليبي في مادته 4/23 بقوله: " لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية الطبية قبل وقوع الضرر ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك ".[4]

وهكذا يظهر لنا تساوي المسؤولية الطبية بنوعيها التقصيرية والعقدية في هذا الشق بشأن عدم جواز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية بالنسبة للأضرار الجسدية، لأن جسم الإنسان لا يمكن أن يكون محلا لاتفاقات مالية.[5]

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة: نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 512. حيث يقرر أن القوانين العربية عدا القانون اللبناني تجيز تعديل قواعد المسؤولية العقدية.

[2] تنص المادة 2/178 ق.م على أنه:" وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ".

[3] Mazeaud (Henri et Léon) : op.cit, p 573.

[4] انظر تفصيل ذلك وتعليقه على القانون الليبي: سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المرجع السابق، ص 95.

[5] راجع في ذلك: بن صغير مراد: مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2003/2002، ص 142 وما بعدها.

ثامنا: من حيث التضامن: يبرز هذا الفارق بشكل جلي في التمييز بين كلتا المسؤوليتين، بل ويبدو في نطاق المسؤولية الطبية أكثر بروزا وتأثيرا بسبب اشتراك عدة أشخاص من أطباء وجراحين مختصين وممرضين وغيرهم في إطار فريق طبي يتولى القيام بالتدخل الطبي أو إجراء العمليات الجراحية. ذلك أن العمل الطبي عبارة عن حلقات مترابطة تبدأ بالكشف والتحاليل والتشخيص، وصولا إلى العلاج والجراحة.

وعلى هذا الأساس في المسؤولية العقدية لا يمكن افتراض التضامن بين المسؤولين، لأن العقد يخضع لإرادة المتعاقدين، وعليه فلا تضامن في المسؤولية العقدية إلا بمقتضى اتفاق أو نص قانوني.[1]

أما في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن بين المسؤولين مقرر بقوة القانون، وفقا لنص المادة 126ق.م.ج، التي تنص على أنه: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض ".

ولاشك أن هذا الاختلاف في الحكم بحسب اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية أو تقصيرية يؤدي إلى أن الأخذ بأحد الرأيين يرتب أحكام في نطاق التأمينات يختلف باختلاف نوعي المسؤولية.

تاسعا: من حيث التقادم: من الفوارق الجلية بين نوعي المسؤولية ما يتعلق بتقادم الدعوى، وهو أمر في غاية الأهمية اضطر معه القضاء الفرنسي إلى أن يعدل عن رأي استقر عليه لفترة ليست بالقصيرة. فبعد أن كانت مسؤولية الأطباء في فرنسا ذات طبيعة تقصيرية، قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1936م[2] باعتبار مسؤولية الأطباء ذات طبيعة عقدية، ذلك أن مدة التقادم في القانون الفرنسي بحسب الأصل 30 سنة في كلا المسؤوليتين، باستثناء ما يقرر في حالات محددة بمدة أقصر.[3]

حيث قضت بأن مسؤولية الأطباء عما يرتكبونه من أخطاء في علاج المرضى الذين اختاروهم هي: " مسؤولية عقدية لا تخضع لقاعدة تقادم الدعوى الجنائية الواردة في المادة 738 من قانون

[1] انظر المادة 217 ق.م.ج، وتقابلها المادة 1202 ق.م.ف، والمادة 279 ق.م.م، و المادة 266 ق.م.ليبي.
[2] سبق الإشارة إلى هذا الحكم الذي غيّر قواعد المسؤولية المدنية الطبية في فرنسا وغيرها.
[3] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 17.
وانظر: عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 559، 590.

الإجراءات الجنائية، والتي تسقط بمقتضاها دعوى المسؤولية التقصيرية، متى كان الخطأ المدني مكونا لجريمة جنائية ". ومرد ذلك أن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي قد أشار آنذاك في بعض نصوصه (المواد 637، 638، 640) إلى أنه متى كان الفعل غير المشروع يشكل في نفس الوقت جريمة جنائية فإن المسؤولية التقصيرية تتقادم دعواها بمضي المدد المبينة في هذه النصوص التي سبق الإشارة إليها، بمعنى بمضي سنة أو ثلاث أو عشر سنوات.

إلا أنه وبعد صدور قانون 1980/12/23 عدل المشرع الفرنسي بمقتضاه مدة تقادم الدعوى التقصيرية، حيث أقرّ أنها لا تتأثر بمدة تقادم الدعوى الجنائية متى ارتبطت بجريمة جنائية.

وقد بيّن القانون المدني الجزائري شأنه شأن غالبية التشريعات العربية أحكام التقادم، حيث نظمها كالآتي:

- نصت المادة 133 ق.م.ج على أن دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع تسقط بانقضاء خمسة عشر (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار، وهذا في كل الحالات.[1]

- إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المدة المشار إليها آنفا، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية وفقا لقاعدة الجنائي يوقف المدني، وهذا طبقا لقانون الإجراءات الجزائية [2]. أما إذا سقطت الدعوى الجنائية بعد رفعها لمضي المدة فلا تأثير لذلك في سير الدعوى المدنية المرفوعة معها، لأنها تنقضي بمضي المدة المبينة في القانون المدني[3]. أما في حالة ما إذا انقضت الدعوى العمومية بمضي المدة قبل أن ترفع الدعوى المدنية فهنا لا يكون أمام المدعي المدني أو المريض المتضرر إلا المطالبة بحقوقه أمام القسم المدني.

أما المسؤولية العقدية فتتقادم بمرور 15 سنة كقاعدة عامة وفقا للمادة 308 ق.م.ج، غير أنها قد تقل لتصل إلى حدود سنة واحدة [4]، ولا يجوز للمتعاقدين مهما كان الاتفاق على تعديل مُدد التقادم المقررة في النصوص القانونية طبقا لنص المادة 322 ق.م.ج.

---

[1] رايس محمد: المرجع السابق، ص 384.
وانظر لتفصيل أكثر بشأن التمييز بين نوعي المسؤولية: علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 219 وما بعدها.
بن رقية بن يوسف: العلاقة بين نظامي المسؤولية المدنية ومدى جواز الخيرة بينهما في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، دون تاريخ، ص 35 وما بعدها.
حبار محمد: قانون العقد والمسؤولية العقدية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجزائر، دون تاريخ، ص 303 وما بعدها.

[2] انظر المواد 7، 8، 9 ق. إ. ج. ج المعدل والمتمم.

[3] محمد صبحي محمد نجم: شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثالثة، د. م. ج، الجزائر، 1992، ص 23.

[4] انظر نص المادة 312 ق. م. ج.

ولاشك أن هذا الاختلاف في المدد يخلق وضعا قانونيا متميزا – من حيث مدد السقوط–، بين ما إذا اعتبرت المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية وبين اعتبارها ذات طبيعة تقصيرية.

إن هذا التمييز بين نظامي المسؤولية العقدية والتقصيرية أفصح لنا عن وجود اختلاف واضح بينهما، لا تقل أهميته عن أهمية ركنية الخطأ في إطار المسؤولية المدنية. ولاشك أن هذا يقودنا – بعد هذا التمهيد– إلى إبراز مكانة الخطأ في كل من المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، محاولين في ذلك بيان طبيعة المسؤولية الطبية بناء على مفهوم الخطأ وتطور مكانته في المطلبين المواليين.

المطلب الأول:
الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية التقصيرية

خلصنا مما سبق إلى توضيح نتائج الاختلاف بين نوعي المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، وقد أثارت هذه النتائج العديد من التساؤلات حول طبيعة المسؤولية الطبية، ما إذا كانت تقصيرية أم عقدية ؟ كما ثار التساؤل عن مكانة الخطأ وتطور مفهومه ودوره في إطار المسؤولية الطبية ؟.

وسنتعرض في دراستنا هذه – وخلافا لما جرى عليه عرف الباحثين والدارسين– إلى الاتجاه القائل بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية، باعتبارها كانت الأولى والأصل، مستندين في ذلك إلى جوانب تاريخية وأخرى واقعية. فمن حيث الجوانب التاريخية فإن الاتجاه التقليدي كان يأخذ بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء في جميع أحوالها إلى غاية سنة 1936.

أما عن الجوانب الواقعية فتتمثل في انتشار المستشفيات العمومية (الحكومية) في بلادنا، وإقبال غالبية المرضى على العلاج فيها – لاسيما وأن الجزائر لازالت تُدعم العلاج المجاني إلى حد ما–، وعدم وجود عقد طبي ينظم العلاقة بين المريض والطبيب في كثير من الحالات. ذلك أن الطرف الأول يجد نفسه غالبا – نتيجة ظروف معينة– بين يدي طبيب لا يعرفه.

الحقيقة أن الخطأ الطبي أول ما نشأ في إطار المسؤولية المدنية للطبيب نشأ تقصيريا، نتيجة تقصير وإهمال ولامبالاة من طرف الطبيب، الأمر الذي دفع بكثير من الدول من خلال التشريع والقضاء إلى ضبط معالم المسؤولية التقصيرية للأطباء وتنظيم أصولها ومسائلها. وتوضيح ذلك

بشيء من التفصيل يدفعنا لتوضيح النشأة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها أولا، ثم بيان أركان المسؤولية المدنية التقصيرية للطبيب في فرع ثان، ثم التراجع والانحسار لهذه المسؤولية في مجالات رئيسية في ظل الانتشار الواسع للمسؤولية العقدية ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول:
النشأة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها

نشير في البداية أنه في بداية القرن التاسع عشر ظهر في فرنسا تيار قوي يدافع عن الأطباء بطريقة مُغالٍ فيها، مفادها عدم مساءلة الأطباء عن الخطأ الطبي، على اعتبار أن التطور العلمي واطمئنان الأطباء لا يتحقق إلا بإخراجهم من نطاق المسؤولية المدنية عن أفعالهم المهنية، ذلك أن مساءلتهم تعرقل البحث العلمي، وتقوض حماس الأطباء في البحث عن أفضل سبل العلاج والشفاء.

وقد كان من المتحمسين للدفاع عن هذه الفكرة الأكاديمية الطبية الفرنسية، حيث أعلنت في تقرير لها بتاريخ 29 سبتمبر 1829م[1] أن الأطباء يتلقون عن مرضاهم تفويضا غير محدود، وأن الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعا ومثمرا للمرضى إلا بناء على هذا الأساس. وأن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقترفها بحسن نية، وأن الضمان الوحيد للمريض يكمن في ضمير الطبيب وأخلاقه، وبالتالي لا يسأل إلا في حالات نادرة يثبت فيها الغش أو التدليس أو خيانة الأمانة وهي واجبات مهنته.

غير أن القضاء في فرنسا لم يلق بالا لهذا التوجه السالف، حيث بدأت محكمة النقض الفرنسية منذ بداية عام 1835م تتعرض لمسؤولية الأطباء وتقرر إرساء مبدأ لهذه المسؤولية. إذ قضت في هذا الشأن واستنادا إلى المفهوم الذي عرضه المحامي العام Dupin، بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة لإهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه وتركه بدون زيارة، يعتبر خطأ

[1] سهير منتصر: المرجع السابق، ص 14، 15. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 375، 376.

يقع تحت طائلة المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي [1]. وأن هذه القواعد تعد واجبة التطبيق على كل ضرر يترتب عن الرعونة أو الإهمال وعدم التبصر، سواء في نطاق أنشطة الأفراد العاديين أو نطاق أنشطة المهن والوظائف المختلفة.[2]

ولاشك أن هذا الحكم قد اعتُبر فتحا جديدا في عالم المسؤولية الطبية، نظرا لما كان سائدا في ظل القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة عن مزاولة مهنهم.[3]

البند الأول:

استقرار القضاء على الطبيعة التقصيرية

تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية لاحقا، مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، وأن هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام هو وجوب عدم الإضرار بالغير. حيث قضت بأن المادتين 1382 و1383 تنطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته، وأنه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء[4].

ومنذ صدور هذه الأحكام المهمّة، استمر القضاء الفرنسي قرنا كاملا من الزمن – أي حتى عام 1935 يؤسس مسؤولية الأطباء على هذا الأساس – الخطأ التقصيري- في إطار المسؤولية التقصيرية للأطباء، مستخدما في تبريرها ذات التعابير الخاصة بالخطأ والإهمال والرعونة.

وقد سار على خطاه غالبية القضاء العربي، كالقضاء الجزائري والمصري والمغربي والسوري واللبناني وغيرهم. فقد جاء على لسان المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها: " وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذاك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ

---

[1] Cass. cham. req (chambre des requêtes) : 18/06/1835, Sirey - 1835-1-401- Note- Dupin :" Les faits matériels sont du nombre de ceux qui peuvent entraîner la responsabilité civile de la part des individus à qui, ils sont imputables et ils sont soumis d'après les dispositions des art 1382 et 1383 c.civ à l'appréciation des juges… ".

[2] Cass. cham. req : 21/07/1862, Sirey- 1862-1-818. حيث قررت المحكمة : " Que toute personne, quelle que soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle (responsabilité à raison de la simple imprudence ou négligence)…".

أشار إلى هذين القرارين: عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 91.

[3] حمدي عبد الرحمن: معصومية الجسد- بحث في مشكلات المسؤولية الطبية ونقل الأعضاء، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1987، ص 07.

[4] محمد علي عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، المرجع السابق، ص 90، 91.

المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م.م "[1].

كما أوردت المحكمة العليا حكما آخر تقضي فيه: " حيث أن المدعي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات ".[2]

وجاء في قرار آخر: " أن المسؤولية المترتبة على المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقا للمادة 124 من ق.م، كما جاء في القرار المستأنف مادام يوجد تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى، انجرّ عنه وفاة الضحية ".[3]

وهكذا تتابعت الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري [4]، والتي تؤكد الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية، لاسيما ما يتعلق بالأخطاء المرتكبة في المستشفيات العامة للدولة، مسايرا بذلك رأي الفقه، كما سيأتي شرحه لحالات المسؤولية التقصيرية لاحقا.

ومعلوم أن القضاء الجزائري كان يستند في أحكامه إلى مجمل النصوص القانونية التي تتابع الطبيب عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصر، وثبوت تقصيره أو إهماله. ومن ذلك النص العام الوارد في المادة 124 من القانون المدني، وكذلك المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها، إضافة إلى نص المادتين 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، وكذلك المواد 11، 14، 17 من مدونة أخلاقيات الطب.

أما الاجتهاد القضائي في مصر فقد اعتبر مسؤولية الأطباء تقصيرية، حيث قضت محكمة النقض المصرية " بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة، ومسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية ".[5]

[1] قرار المحكمة العليا: 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 391.
[2] قرار المحكمة العليا: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب.أ)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 180.
[3] قرار المحكمة العليا: 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي) ضد (فريق ك ومن معهم)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 131.
[4] قرار المحكمة العليا: 1998/03/10، ملف رقم 159148، م. ق، العدد الأول، 1999، ص 192- 195.
قرار المحكمة العليا: 1999/07/06، ملف رقم 193469، م. ق، العدد الأول، 2000، ص 214، 217.
[5] قرار محكمة النقض المصرية: 1936/06/22، مجموعة أحكام النقض، الجزء الأول، رقم 376، ص 1156، الطعن رقم 25، لسنة 6 ق، مشار إليه عند: عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 46.

وغني عن البيان أن محكمة النقض المصرية قد حذت في هذا الشأن حذو محكمة النقض الفرنسية.

وقد تتابعت فيما بعد قرارات صادرة عن مختلف المحاكم على غرار قرار النقض السابق، تؤكد الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء[1]. على اعتبار أن هذا التوجه هو الرأي الغالب الذي استقر عليه كل من الفقه والقضاء المصريين، وقد أجمل هذا الموقف بعض الفقه حيث يقول: " ونحن نرى الأخذ بالرأي الراجح في الفقه والقضاء وهو أن مسؤولية الطبيب عن خطئه هي مسؤولية تقصيرية ".[2]

وقد برّر القضاء المصري مسلكه هذا من زاوية أنه ينطلق من اعتبارات عملية وإنسانية، تشكل في مجملها الحجج التي استند إليها هذا الرأي. إذ أنه من الثابت أن أحكام المسؤولية التقصيرية هي لصالح المضرور من عدة أوجه سنبينها لاحقا.

هذا وإن كان هذا الاجتهاد القضائي المصري بقي يراوح مكانه من حيث اعتبار مسؤولية الأطباء تقصيرية[3]، إلا أن هناك اتجاها لدى محكمة النقض لاعتبار مسؤولية الطبيب عقدية، وهو ما سنوضحه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

أما في المغرب فقد كان القضاء وإلى غاية قرار محكمة الاستئناف بالرباط في **29/1**/ 1946[4] يعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية، ويطبق عليها الفصلين **77** و **78** من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

ورغم أن الاجتهاد القضائي المغربي قد بادر منذ مدة طويلة إلى تبني نظام المسؤولية العقدية للطبيب. إلا أنه ظل مع ذلك مترددا، ولم يعرف استقرارا واضحا في اتجاهه نحو اعتناق نظام

---

[1] حكم محكمة استئناف القاهرة: 1941/01/23، المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم، السنة 42، رقم 265. قرار محكمة النقض: 1969/07/03، الطعن رقم 417، السنة 20، ص 1094. أشار إليهما: منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 108، 109.
قرار محكمة النقض: 1971/12/21، السنة 22، ص 1062، ذكره: محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 201.

[2] حسن عكوش: المرجع الساق، ص 70. حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 125. حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 64.

[3] عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 98.

[4] قرار محكمة الاستئناف بالرباط: 1946/01/29، مجلة المحاكم المغربية (G.T.M)، العدد 976.
وانظر كذلك : R.A.C.A.R, Tome XIII, 1945-1948, Maroc, p 416.
أشار إليه: أحمد أدريوش: مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب - محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه، المعهد الوطني للدراسات القضائية- وزارة العدل-، المملكة المغربية، 1989، ص 100.

المسؤولية العقدية للطبيب الذي تبنته محكمة الاستئناف بالرباط في حكمها الشهير بتاريخ 29 يناير 1946.

وهكذا تضاربت الأحكام والقرارات بين تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، وأحيانا الخلط بينهما معا.[1]

ففي حكم للمحكمة الابتدائية بالناضور، نجدها أكدت وتبنت نظام المسؤولية التقصيرية قائلة: "وحيث إن طلب المدعية بالتعويض طبقا لمقتضيات الفصلين 77 و78 من ق.ل.ع كان مبنيا على أساس سليم...".[2]

في حين القضاء السوري لازال يعتبر مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية [3]، مطبقا في ذلك القاعدة المنصوص عليها في المادة 164 من القانون المدني: " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ".

وقد جاء في اجتهاد القضاء السوري: " أن مسؤولية الطبيب عن عمله غير المشروع وهو تجبير كسر خطأ، تتقادم بمرور ثلاث سنوات على اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه (مادة 173 ق.م)[4]. وعليه فإن اعتماد القضاء هنا على التقادم القصير ليس يعني إلا أنه استند في هذا القرار على أن مسؤولية الطبيب تقصيرية.

كما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض السورية: " أن استحقاق الطبيب لأجوره يتم بمجرد قيامه بعمله (عملية جراحية). ما لم يقم الدليل على وجود تقصير يستتبع مساءلته ".[5]

---

[1] أحمد أدريوش: تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، الطبعة الأولى، سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 1995- 1996، ص 76 وما بعدها.
جمال زياد: طبيعة خطأ وفعل المضرور وأثرهما على مسؤولية حارس الأشياء غير الحية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء-، المغرب، 1997، ص 247 وما بعدها.
وانظر بتفصيل أكثر: عبد العزيز إملوي: طبيعة الخطأ في القانون المغربي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1998/ 1999، ص 76، 77.

[2] حكم عدد: 937 بتاريخ: 1996/06/28، الملف المدني رقم 94/1168.(حكم غير منشور).
قرار المجلس الأعلى: 1986/10/09، أشار إليهما: محمد عبد النباوي: المسؤولية المدنية للطبيب، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1998/ 1999، ص 64، 65.

[3] حكم لمحكمة استئناف حلب: رقم 451- 1960، قرار 177- 1960 بتاريخ: 1960/05/25.
أشار إليه: بسام محتسب بالله: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، بيروت، 1984، ص 112.
وللوقوف على مزيد من التفصيل بشأن المسؤولية التقصيرية وفقا للاجتهاد القضائي السوري والعربي، يراجع: محمود زكي شمس: المرجع السابق، الباب ألأول، ص 15- 376.

[4] قرار محكمة النقض (دائرة فحص الطعون) رقم 697، بتاريخ: 1960/10/19، مجلة القانون العام، 1961، سوريا، ص 148.

[5] قرار رقم 609، بتاريخ: 1963/12/31، مجلة القانون العام، 1964، سوريا، ص 217.

والحقيقة أن استقراء اجتهادات القضاء السوري – على قلتها– تجعل من طبيعة مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية[1]، تقتضي تطبيق مبادئها ولاسيما ما يتعلق بالإثبات والتقادم.[2]

أما في لبنان فإن محكمة التمييز اللبنانية لم تضع أي مبدأ حول طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب[3]، غير أن بعض المحاكم اللبنانية أقرت المسؤولية التقصيرية للأطباء. فقد قررت المحكمة الاستئنافية المختلطة في بيروت هذا النهج في قرارين لها [4]، صدر الأول في 1939/02/22، والثاني في 1944/03/02، بأن مسؤولية الطبيب يجب أن تحل في ضوء المبادئ العامة للمسؤولية المدنية المنصوص عليها في المادتين 122 و123 من قانون الموجبات والعقود.

كما أن محكمة بداية بيروت أصدرت بتاريخ 1949/08/24 حكما يقضي صراحة بتأسيس المسؤولية الطبية على أساس الخطأ والإهمال.[5]

ويبدو أن الاجتهاد الحديث في لبنان لازال يعتبر المسؤولية التقصيرية كأساس لمسؤولية الطبيب، فقد قضى " بأن العناية التي كان على الطبيب المعالج المدعى عليه أن يبذلها للطفل المريض تكمن في أنه كان عليه أن يعطي مريضه جهودا صادقة ويقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، لكنه لم يقم ببذل مثل هذه الجهود، فيكون مسؤولا عن التقصير الذي أبداه في مسلكه، لأن مثل هذا التقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت به ".[6]

كما قضت محكمة التمييز في حكم حديث جدا لها: " بأن المدعى عليه الطبيب بصفته مسؤولا عن بنك الدم في المستشفى، قد أوكل إلى المدعي عليها بإجراء الفحوصات المخبرية على عينات الدم وهو عالم بأنها غير مجازة علميا للقيام بمثل هذه الفحوصات، يكون قد ساهم عن إهمال وقلة احتراز ونتيجة مخالفة القوانين والأنظمة في الإيذاء الذي لحق بالرقيب الأول ".[7]

---

[1] محمود جلال حمزة: الامتناع ومسؤولية الطبيب الممتنع القانونية، مجلة المحامون، العدد الخامس، 1986، سوريا، 293.
عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص 92، 93. جوزيف داود: المرجع السابق، ص 36، 37.
فواز صالح: المسؤولية المدنية للطبيب- دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثاني والعشرون، العدد الأول، 2006، سويا، ص 132، 136.

[2] محمد فهر شقفة: المسؤولية المترتبة على عمل الطبيب. مجلة المحامون، السنة 36، العددان الثالث والرابع، 1971، سوريا، ص 84.
حكمت سوسو: المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب في التشريع السوري، مجلة المحامون، العددان الخامس والسادس، أيار- حزيران، 1999، سوريا، ص 419.

[3] ميسم نويري: مسؤولية الطبيب في لبنان، النشرة القضائية، العدد الحادي عشر، 1975، لبنان، ص 1287 وما بعدها.

4 أشارت إليه القاضية ميسم نوري في نفس المرجع السابق، ص 1289.

[5] طلال عجاج: المرجع السابق، ص 51.

[6] القاضي المنفرد الجزائي في صيدا، قرار رقم 47، بتاريخ 1990/03/22.

[7] تمييز جزائي - الغرفة السادسة رقم 96/96، بتاريخ 1999/07/06.
انظر نص الحكمين كاملين عند: محمد يوسف ياسين: المرجع السابق، ص 22، 24 وص 46- 53.

إن هذا التوجه التقصيري في تكييف وتحديد طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية، قد استمر ردحا من الزمن يدافع عنه كل من الفقه والقضاء، محاولا في ذلك تعزيز هذا الاتجاه، وتكريس وجهة نظرهم هذه بجملة من الحجج والمبررات.

البند الثاني:
حجج أنصار المسؤولية التقصيرية

أورد القائلون بالمسؤولية التقصيرية عدة حجج نقتصر على أهمها وهي:

أولا: أن خطأ الطبيب أو الجراح قد يؤدي إلى وفاة المريض أو إلى المساس بسلامته الجسدية، وفي كلتا الحالتين يكون الأمر جريمة جنائية، الأمر الذي يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وهو ما يجعل مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا عقدية. وحتى إذا وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي.[1]

حيث يرى هذا الاتجاه أن كل جريمة جنائية نشأ عنها ضرر للغير توجب المسؤولية التقصيرية، تغليبا للناحية الجنائية في الموضوع.[2]

ثانيا: أن المهنة الطبية ذات صبغة فنية، حيث أن جوهر عمل الطبيب يقوم على احترام قواعد وأصول مهنته ومراعاة وازع الضمير، سواء ارتبط في ذلك بعقد مع المريض أم لم يرتبط. لاسيما وأن غالبية أخطاء الأطباء هي أخطاء فنية مهنية خارجة عن إطار العقد.[3] ولعل في دليل على ذلك ذلك أن القاضي لا يبحث عن النية المشتركة للطبيب والمريض في تقدير مدى الإخلال بالالتزام، وإنما يلجأ إلى الخبرة لمعرفة مدى توافق عمل الطبيب ومدى التزامه بالأصول الفنية لمهنة الطب.

ثالثا: أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، لاسيما في المجال الطبي أن العلاج يتعلق بالمساس بأجساد الأشخاص ومصالح المجتمع، بمعنى المساس بالنظام العام. ومن تم فهذه القواعد تكرس أكثر حماية للمريض المضرور من المسؤولية العقدية، لاسيما عند غش الطبيب أو تدليسه مما

---

[1] محمود التلتي: النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، القاهرة، 1988، ص 82.
قارن: عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 45.
[2] بابكر الشيخ: المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2002، ص 127.
إبراهيم علي حمادي الحلبوسي: المرجع السابق، ص 121.
[3] سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المرجع السابق، ص 100.

يسمح للمريض بالحصول على تعويض كامل دون أن يتعرض لقيود وتحديدات المسؤولية التعاقدية.

إن هذه الاعتبارات تجرّنا إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية وليس قواعد المسؤولية العقدية، إذ أن العقد لا يبرر المساس بما هو من النظام العام، ولا يبيح عملا لم يجزه القانون و لم يأذن به.[1]

رابعا: لما كان التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، فإن الأمر يستتبع أن لا تكون المسؤولية الطبية إلا تقصيرية، على أساس أن المريض يقع عليه عبئ إثبات تخلف العناية المبذولة من جانب الطبيب.

إن هذا الاتجاه الذي كان يشكل القضاء السواد الأعظم منه، قد تمسك بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية حينا من الدهر، مكرسا توجهه هذا بالحجج والمبررات المختلفة – والتي أوردنا بعضا منها آنفا-. واضعا بذلك وبشكل جلي وواضح أركان هذه المسؤولية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهو ما نتناوله باختصار في هذا الفرع الموالي.

الفرع الثاني:
أركان المسؤولية الطبية

لما كان موضوع بحثنا ينصب حول مكانة الخطأ في إطار المسؤولية الطبية المدنية، فقد سبق وأن تطرقنا لهذا الركن بشكل مستفيض جدا وأسهبنا فيه كثيرا [2]، كما تناولنا على وجه الخصوص مفهوم وخصائص وأحكام الخطأ التقصيري بأكثر تفصيل. مما يجعلنا نكتفي بذلك في هذا المقام محيلين إليه[3]، ويكفينا التعرض للركنين الآخرين وهما الضر وعلاقة السببية.

البند الأول:
الضرر Dommage – Préjudice

[1] رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الجيلالي اليابس - سيدي بلعباس، 2005/2004، ص 363.
[2] انظر في ذلك الفصل الأول كاملا.
[3] راجع المبحث الأول من الفصل السابق.

يعتبر الضرر الركن الثاني للمسؤولية الطبية كما في أي نوع آخر من أنواع المسؤولية المدنية، بل هو جوهرها وأساسها [1]، على أساس أنه لا يكفي كي تقوم المسؤولية أن يقع الخطأ، بل يجب أن ينشأ عنه ضرر، " فحيث لا ضرر لا مسؤولية، وحيث لا مسؤولية لا تعويض ". [2]

ويكاد يتحد تعريف فقهاء القانون للضرر، فهو عندهم " ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له. سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك ". [3]

ويبدو أن هذا المفهوم لا يختلف عن مفهوم الضرر لدى فقهاء الشريعة، حيث عرفه بعض العلماء المعاصرين بأنه إلحاق مفسدة بالغير [4]، أو هو الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته. [5]

على ضوء التعريفات السابقة للضرر، يمكننا تعريف الضرر في المجال الطبي بأنه ذلك الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة عمل الطبيب غير المعتاد.

وتتجلى أهمية الضرر في المجال الطبي كونه ركن لا غنى عنه لقيام مسؤولية الطبيب. وبالتالي إمكانية مطالبته بالتعويض. وهذا يعني أن فعل أو خطأ الطبيب هو السبب المقرر لقيام المسؤولية المدنية، والضرر هو بمثابة العلة المؤثرة في إيجابية الضمان (المسؤولية المدنية)، فمتى انتفى الضرر انتفى معه الحكم بالضمان (المسؤولية) على الطبيب. [6]

لذلك يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الضمان – المسؤولية المدنية– من الجوابر، والجوابر تستدعي وجود ضرر حتى يعوض المضرور، وهذا بخلاف الزواجر التي يمكن أن يحكم بها وإن يترتب على ما ارتكب من فعل محظور أي ضرر يصيب الغير. [7]

---

[1] يرى هذا الجانب من الفقه أن الضرر هو الركن الأول الأساسي للمسؤولية المدنية، بل هو الذي تقوم لأجله ولا وجود لها من دونه، الأمر الذي يقتضي إثباته قبل إثبات ركني الخطأ وعلاقة السببية.
انظر منهم: محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 423 وما بعدها. محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص 10 وما بعدها.
حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.

[2] قرار المحكمة العليا: 1988/05/25، قرار رقم: 53010 (غير منشور).

[3] بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 143.
علي فيلالي: الالتزامات ـ العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000، ص 244.
محمد حسنين: الوجيز في نظرية الالتزام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 160.
مقدم سعيد: نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 35.

[4] مصطفى أحمد الزرقاء: المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، ص 586.

[5] محمد سلام مذكور: المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 55.
وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 23.

[6] علي الخفيف: المرجع السابق، ص 148.

[7] عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 168.

وما نلفت النظر إليه أنه وخلافا للقواعد العامة، لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب، فالالتزام بالعلاج يعد أساسا التزاما ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة. إذ رغم حدوث الضرر يمكن ألا تقوم مسؤولية الطبيب إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال أو أي خطأ من جانب الطبيب المعالج أو حتى إدارة المستشفى أو العيادة، باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها وقوع الضرر قرنية بسيطة على وجود الخطأ.[1]

ويبدو أن ما سبق الإشارة إليه يتفق وصريح العبارة 124 من القانون المدني الجزائري، التي تقيم المسؤولية على ركني الخطأ والضرر – إضافة إلى علاقة السببية للحكم بالتعويض.

نخلص مما سبق أن الضرر في المجال الطبي نوعان: ضرر مادي وضرر أدبي أو معنوي، كما أنه لا وجود لهذا الضرر – وبالتالي لا تعويض– إلا إذا توافرت شروط هذا الضرر. وهذا ما سنتناوله في الفقرتين المواليتين.

الفقرة الأولى:

نوعا الضرر في المسؤولية الطبية

الضرر الطبي قد يكون ماديا كما قد يكون أدبيا، وهو بهذا التقسيم يشمل الأنواع الأخرى للضرر، ذلك أن هناك عدة تقسيمات للضرر: ضرر محقق وضرر محتمل، ضرر مباشر وضرر غير مباشر، ضرر شخصي وضرر مرتد، لذلك يبقى التقسيم التنائي للضرر مادي وأدبي أهم تقيم لاسيما في المجال الطبي.

أولا: الضرر المادي Dommage matériel: يكاد يجمع الفقه على تعريف مشترك للضرر المادي كونه إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية.[2]

[1] وهي تلك التي يقع فيها التزام على عاتق الطبيب مثلا بسلامة الأدوات المستعملة، وكذا عمليات نقل الدم، أو تلك التي يلتزم فيها المستشفى بسلامة المريض خاصة بالنسبة للمصابين بأمراض عقلية.

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 855.
حسن عكوش: المرجع السابق، ص 110.
عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 157.
بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 146.
وانظر قضاء: قرار المحكمة العليا: 1985/03/06، ملف رقم 34034، م. ق، العدد الرابع، 1989، ص 36.

وفي المجال الطبي يتمثل الضرر المادي في المساس بجسم المريض أو إصابته أو إضعاف بنيته نتيجة خطأ من الطبيب، يترتب عنه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج، وفي إضعاف قدرته على الكسب إضعافا كليا أو جزئيا.

ومعلوم أن الضرر الذي يشمله التعويض يتضمن عنصرين كما نصت على ذلك المادة 182 ق.م وهما ما لحق المريض المضرور من خسارة وما فاته من كسب. فمتى تسبب الطبيب بخطئه في إلحاق ضرر بالمريض كعاهة مثلا أو زيادة نفقات العلاج والأدوية وأتعاب الطبيب وغيرها، كان ذلك خسارة للمريض وجب تعويضه عنها. كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده وأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاته من كسب وجب تعويضه عنه.

ثانيا: الضرر المعنوي Dommage moral: يقصد بالضرر الأدبي أو المعنوي ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في شعوره وإحساسه وكرامته وعواطفه.[1]

ويتضح الضرر الأدبي في المجال الطبي في كل مساس بسلامة جسم المريض، أو إصابته بآلام أو عجز أو قصور نتيجة خطأ طبي، تسبب لهذا المريض ألما نفسيا وحسرة وشعورا بالإحباط واليأس.

وبعد أن ثار الجدل طويلا بشأن مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري، جاء المشرع بنصوص صريحة تجيز التعويض عن مثل هذا الضرر في تعديله الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 سنة 2005، لتقطع الشك وتزيل اللبس وتنهي هذا الجدل الوهمي.[2]

---

[1] عبد المنعم محمد داوود: المرجع السابق، ص 30.
محمد أحمد عابدين: التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 57.
بن زيطة عبد الهادي تعويض الضرر في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 30.

[2] نقول جدلا وهميا أو شكليا لأن عموم نصوص التشريع الجزائري المتناثرة من خلال مختلف فروعه تجيز التعويض عن الضرر المعنوي. وكنا قد أشرنا إلى هذه المسألة في رسالتنا لنيل شهادة الماجستير منذ أزيد من سبع سنوات: حيث اعتبرنا فيها أن المشرع الجزائري قد أخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي مؤيدا في ذلك بكل من الفقه والقضاء، وذلك من خلال مقاربة بعض النصوص القانونية المختلفة المتناثرة ومنها:
- نص المادة 124 ق.م في حد ذاته الذي نص ع لى أن الضرر بصفة عامة وشاملة دون تحديد لطبيعته، مما يجعله يشمل كلا النوعين المادي والأدبي، خصوصا مع عدم وجود نص آخر يقيد الضرر بكونه ماديا فقط.
- نص المادتين 47 و48 ق.م واللتان تجيزان التعويض عن الضرر الذي يلحق الشخص نتيجة اعتداء غير مشروع على حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أو اسمه، دون تفصيل لنوع أو طبيعة الضرر مما يجعله يشملهما معا.
- نص المادة 4/3 من ق.إ.ج المعدل والمتمم والتي تنص على أنه: " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية..."
- نص المادة 3/5 ق.أ على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ".
- نص المادة 08 من قانون العمل لسنة 1978 المعدل والمتمم على وجوب حماية العامل من كافة أشكال الإهانة والضغط والتهديد، وتضيف "يضمن القانون أيضا تعويض العامل عما أصابه من أضرار مادية ومعوية ".
وهو ما كرسته المادتين 02/06 و157 من القانون رقم 90- 11 المؤرخ في 1990/04/25 المتضمن قانون علاقات العمل الجديد.

فقد جاءت المادة 131 والتي تحيل بدورها على المادة 182 مكرر من القانون المدني والتي تنص على أنه : " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

جاءت كلتا المادتين صريحتين بإقرار التعويض عن الضرر المعنوي.

غير أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري وعلى خلاف غالبية التشريعات العربية [1]، قد قيد الحالات التي يشملها التعويض والناشئة عن الضرر المعنوي في ثلاث حالات وهي: كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة. مستبعدا بذلك الأحوال الأخرى للضرر الأدبي التي تشمل العاطفة والآلام وغيرها.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن الفقه[2] يقسم الضرر المعنوي إلى أربعة أقسام:

- ضرر أدبي يصيب الجسم وينتج عن الجروح والتلف، فيسبب آلاما **souffrances**.

- ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض والسمعة والكرامة، وفي هذا الصدد نشير إلى حكم في غاية الأهمية صدر عن محكمة القاهرة الكلية الوطنية بأن " الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسيء إلى المرضى إن ذكرت أسماؤهم وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن، ويعكر صفو آمالهن، وهذا خطأ يوجب التعويض ".[3]

وقد أيّد هذا التوجه جملة من فقهاء القانون الجزائري ومنهم: علي علي سليمان في مؤلفاته: نظرات قانونية مختلفة، ص 197، 218. النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ص 168 وما بعدها. دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ص 240- 244. ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، دون دار نشر، الجزائر، دون تاريخ نشر، ص 25، 26.

بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني،المرجع السابق، 151- 154.

كما وقد سبق للقضاء الجزائري أن قضى بالتعويض عن الضرر الأدبي في عدة أحكام منها: قرار المحكمة العليا بتاريخ: 1976/11/06، ملف رقم 10511؛ " حيث قضى بمبلغ 5000 د.ج كتعويض عن الأحزان التي شعرت بها أم لفقد ابنتها البالغة من العمر ستة سنوات في حادث، وأضافت المحكمة أن الضرر المعنوي هو الشعور بالألم وهو لا يقدر بمال، وإنما يعوض من قبل القضاء بما بدا لهم جبرا للخواطر ".

كما قضت محكمة جنايات العاصمة بتاريخ: 1979/09/26 في حكم لها منشور بجريدة الشعب الصادرة بتاريخ 1979/11/27؛ بتعويض قدره 6000 د.ج عن الضرر المادي، و15000 د.ج عن الضرر المعنوي، الذي أصابها نتيجة الاعتداء على شرفها.

وقضت المحكمة العليا بتاريخ: 1981/12/10، ملف رقم 24500، سلسلة الاجتهاد القضائي، د.م.ج، الجزائر، 1986، ص 87؛ بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن ارتكاب جنحة القتل الخطأ، وعدم وجود رخصة السياقة.

إضافة إلى قراري المحكمة العليا بتاريخ: 1986/06/03، ملف رقم 38452. والقرار الثاني بتاريخ: 1989/12/25، م. ق، العدد 04، 1991، ص 102. حيث قضت بالتعويض عن الضررين المادي والمعنوي.

وخلاصة المسألة أن الفقه والقضاء الجزائريان بالكاد يجمعان على ضرورة التعويض عن الضرر المعنوي، فضلا عن الضرر المادي. رغم الحجة الواهية للقائلين بعدم وجود نص صريح يقضي بذلك، كما أشرنا إلى ذلك آنفا. حتى قبل تعديل القانون المدني في يونيو 2005.

وفي هذا الشأن يقول الفقيه سليمان مرقس: " وقد انقضى الخلاف منذ زمن، وأصبح الإجماع منعقدا في الفقه والقضاء على أن الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي ". أنظر مؤلفه القيم: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، ص 145.

[1] انظر مثلا المادة 222 ق.م مصري، المقابلة للمادة 223 ق.م سوري، والمادة 225 ق.م ليبي، وللمادتين 266 و274 ق.م أردني، وللمادتين 82 و83 ق.م تونسي، وللمادتين 77 و78 ق.م مغربي، وللمادة 134 ق.م لبناني.

[2] علي علي سليمان: نظرات قانونية مختلفة، المرجع السابق، ص 199.

عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 981.

عبد المعين لطفي جمعة: المرجع السابق، الكتاب الأول، الجزء الأول، ص 351.

[3] حكم بتاريخ: 1949/03/14، مجلة المحاماة، العدد 29، رقم 117، مصر، ص 202.

- ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان، ويلحق به كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي.

- ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، فلو أن طبيبا أجرى عملية جراحية أو قام بتدخل علاجي دون موافقة المريض ورغم معارضته، وفي غياب أي عامل للاستعجال أو الضرورة، جاز لهذا المريض أن يطالب بتعويض عما أصابه من ضرر أدبي نتيجة الاعتداء على حقه حتى ولو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء.

ويبدو لنا أن المشرع الجزائري قد اعترف بالتعويض عن الضرر المعنوي على مَضض، مسايرا في ذلك الاتجاه الذي يرى التضييق من الأضرار الأدبية التي تجوز المساءلة عنها، ومحاولة حصرها في الأضرار الناشئة عن جريمة جنائية يعاقب عليها قانون العقوبات.[1]

وعلى هذا الأساس في مجال المسؤولية الطبية، فإن التعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب المرضى، تشمل عدة حالات منها:

= حالة إجراء تجارب طبية دون رضا المريض أو موافقته وبغير قصد العلاج: فالطبيب الذي يجري تجارب طبية على شخص مريض أو حتى سليم، دون أن يكون غرضه علاجي يساهم في شفاء المريض من جهة، ودون موافقة مستنيرة ورضاء حر من هذا المريض من جهة أخرى، تجعل من الأضرار مادية كانت أو أدبية، والناتجة عن هذه التجارب موجبة للتعويض، وفقا لما نصت عليه المادة 168 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، ووفقا لنص المادة 182 ق.م.ج.

= حالة إفشاء سر من أسرار حالة المريض الصحية: لاشك أن هتك الأستار وإفشاء الأسرار مما يمس بشرف الإنسان وسمعته، لذا حرصت مختلف الشرائع والتشريعات على حفظ الأسرار وكتمها. وفي هذا الإطار جرم المشرع الجزائري في نص المادة 1/301 ق.م المعدل والمتمم إفشاء أسرار المرضى من قبل الأسرة الطبية. وشددت على حفظ أسرار المرضى المواد 26 و48 و66 من الأمر رقم 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية [2] والذي ألغي بموجب القانون رقم 85-05

---

[1] Aubry et Rau : Cours de droit civil français, 6ème éd, Tome.12, Paris, 1935-1938, p 95.
Voir : Geneviève Duflo : op.cit, p 95.

[2] الأمر رقم 76- 79 المؤرخ في 1396/10/29هـ الموافق لـ 1976/10/23م، والمتضمن قانون الصحة العمومية، باعتباره أول قانون ينظم الصحة في الجزائر بعد الاستقلال.

المعدل والمتمم والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والذي أكد هو الآخر على حفظ أسرار المرضى في نص المادة 206 منه.

= في حين نجد مدونة أخلاقيات الطب قد ألزمت كل طبيب أو جراح أسنان بحفظ أسرار المرضى من خلال المواد من 36 إلى 41.

ومعلوم أن المرضى كثيرا ما يرغبون في حفظ أسرار حالتهم المرضية، وإخفاء أوضاعهم الصحية حتى عن أقرب الناس إليهم. فكان بديهيا أن إفشاء أسرارهم المرضية فيه مساس بمشاعرهم وسمعتهم وإلحاق أذى بهم، لاسيما بالنسبة لبعض الأمراض الخطيرة والمشبوهة كمرض الإيدز (السيدا)، ومرض الزهري والسيلان وغيرها. الأمر الذي يجعلهم يتأذون من هذا الإفشاء وتضررهم ضررا أدبيا في شرفهم وسمعتهم، مما يوجب لهم الحق في التعويض عن مثل هذا الضرر الأدبي.

= حالة إجهاض الحمل: قد يقوم الطبيب بإجهاض امرأة حامل جاءت إليه في استشارة طبية عادية، فيقوم بإسقاط الجنين دون علمها بأي وسيلة كانت سواء بيديه أو عن طريق وصف أدوية معينة أو بتوجيه المرأة الحامل توجيها غير سليم ينتج عنه إسقاط الحمل. ففي هذه الأحوال يجوز للمرأة الحامل أن تطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في المساس بشرفها وسمعتها فضلا عن الضرر المادي المتمثل في الآلام والنزيف الدموي وتكاليف العلاج.

وعلى العموم نخلص مما تقدم أن الضرر الطبي بنوعيه المادي والمعنوي موجب للتعويض في إطار قواعد المسؤولية المدنية، متى توافرت شروطه القانونية. فما هي تلك الشروط والضوابط المطلوبة لتحقق ركن الضرر؟.

الفقرة الثانية:

شروط الضرر

إن الضرر الطبي الذي ينبغي التعويض عنه يجب أن يتوافر فيه شرطان مهمان بغض النظر عن طبيعته، وهما:

أولا: أن يشكل إخلالا بحق أو مصلحة مالية مشروعة للمريض: إن الضرر الذي يجب التعويض عنه يجب أن يكون قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور، والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الأذى [1]. ولاشك أن خطأ الطبيب الذي أصاب جسم المريض يعتبر قد مس حقا من حقوقه الأساسية في الحياة. فالتعدي على الحياة ضرر بل هو أبلغ الضرر، كما أن إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يكبّده نفقات العلاج.

وقد يصيب الضرر شخصا آخر بالتبعية، فوفاة المريض ضرر أصابه في حياته، ونتيجة هذا الضرر (الوفاة) أصيب أشخاص آخرون كزوجة المريض المتوفى وأولاده بضرر يتمثل في حرمانهم من نفقة المريض الذي كلن يعيلهم.

كما قد يكون الضرر إخلال بمصلحة مالية للمريض المضرور [2]، كأن يصاب نتيجة خطأ طبي أحد العاملين بشركة ما بضرر يقعده عن العمل وعن الكسب. فيستحق مكافأة أو راتبا مقطوعا عند الشركة، فيكون مرتكب الخطأ الطبي قد أصاب الشركة في مصلحة مالية لها – يجعلها مسؤولة اتجاه المصاب عن مكافأة أو دفع راتب مقطوع له، فالإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضررا.

ثانيا: أن يكون الضرر محققا: وتوضيح ذلك أن يكون الضرر محقق الوقوع عاجلا أم آجلا، بمعنى أن يتأكد وقوعه حتما وإن تراخت آثاره وتأخرت كلها أو بعضها، كالحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة، والتي تبدو في أول وهلة هينة خفيفة، سرعان م ا يترتب عنها ضرر الجسم في المستقبل.[3]

فالطبيب الذي يحدث بخطئه ضررا للمريض يقعده عن العمل، كما لو كان يعمل سائقا أو عون أمن أو غير ذلك وفقد البصر كليا أو في إحدى عينيه، ويثبت من التقارير الطبية أنه لا سبيل لعلاجها، أو أن الأمر يتطلب إجراء عملية جراحية بعد مضي ثلاث سنوات مثلا منعا للمضاعفات المحتملة للعاهة، فهنا يستحق المريض تعويضا مشتملا على عنصرين: العنصر الحال وهو ما أصابه

---

[1] حسن عكوش: المرجع السابق، ص 111.
[2] محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1993، ص 272.
[3] Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 104.

من ضرر عاجل وهو فقد البصر، والعنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل وكسب لقمة العيش أو ما سينفقه من مصاريف بشأن العملية.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا.[1]

وجدير بالإشارة ونحن بصدد تناول شرط تحقق الضرر، أن نبين أن هذا الضرر يختلف عن الضرر المحتمل (Dommage éventuel) الذي لا يمكن التحقق من وقوعه أو عدم وقوعه. وبناء على ذلك لا يعتبر ضررا محققا ما يستند إليه مثلا الوالدان من حرمانهما من كسب ولدهما الشاب أثناء عملية جراحية بسبب حقنه التخدير، ذلك أنه ولو طال عمر هذا الولد قد يحتمل إهماله لوالديه، أو أن يصاب بعاهة ما أو قد يموت بسبب آخر. وعليه فالاحتمال هذا قد يقع وقد لا يقع، وعليه فهذا النوع من التعويض لا ينبغي أن يكون محلا للتعويض.

وقبل أن نغادر ركن الضرر، نود أن نشير إلى مسألة في غاية الأهمية لتعلقها بالمسؤولية الطبية خصوصا ولارتباطها بمسألة الخطأ والضرر بصفة أدق. إذ يجب التمييز بين الضرر المحتمل وبين تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في إطار ما يسمى بتفويت الفرصة La perte de chance.

الفقرة الثالثة:

تفويت فرصة الشفاء ومكانتها في تحديد معالم جديدة في المسؤولية الطبية

يقصد بتفويت الفرصة لدى الفقه القانوني " أنها أمر لا يتعلق إلا بحادث مستقبلي غير مؤكد التحقق لا ينتج عن سلوك الضحية ".[2]

---

[1] قراري المحكمة العليا: 1985/11/27، ملف رقم 41783، م. ق، العدد 01، 1990، ص 43.وقرار: 1989/02/28، ملف رقم 58012، م. ق، العدد 02، 1992، ص 14.

[2] Angelo Castelletta : Responsabilité médicale- Droit des malades-, Dalloz, Paris, 2002, p 87.
Voir aussi : Gérard Mémeteau : Perte de chance et responsabilité médicale, Gaz. pal, n° spécial " Droit de la santé", Paris, 24- 25/10/1997, p 22.

في حين اصطلح الفقه الإسلامي على تفويت الفرصة بـ " تفويت المنفعة التي انعقد سبب وجودها ". حيث يعرفها بأنها " التسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له تأكد حصولها ".[1]

وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية قد عرفت فكرة التعويض عن تفويت الفرصة في مختلف المجالات ولاسيما مجال المسؤولية الطبية منذ عدة قرون، خلافا لمن يرى من الفقه القانوني الحديث أن مفهوم تفويت الفرصة يعتبر جديدا في الميدان الطبي، مؤرخا لذلك بقرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1965.[2]

فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة خلافا للحنفية إلى ضمان المنافع بالإتلاف.[3]

فقد ورد عن شُريح: أنه قضى في الكسر إذا انجبر، قال: لا يزيده ذلك إلا شدة، يعطي أجرة الطبيب وقد ما شُغِل عن صنعته.[4]

ولاشك أن إعطاءه قدر ما شغل من صنعته يمثل التعويض عن المنفعة التي فاتت عليه بسبب هذا التعدي أو الخطأ المتمثل في الكسر.

كما جاء في شرح الدّر المختار " رجل جرح رجلا فعجز المجروح عن الكسب، وجب على الجارح النفقة والمداواة ".[5]

أما بشأن التطبيق القضائي الحديث، فنشير إلى أن القضاء الفرنسي خصوصا وكذا المصري قد عرفا تطبيقات مختلفة ومعاصرة لإقرار التعويض عن تفويت فرصة الشفاء والتحسن الصحي أو البقاء على قيد الحياة في المجال الطبي.

---

[1] ناصر بن محمد الجوفان: التعويض عن تفويت منفعة انعقد سبب وجودها، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الخامس والستون، السنة السابعة عشرة (شوال، ذو القعدة، ذو الحجة 1425هـ/ ديسمبر 2004م، يناير، فبراير 2005)، السعودية، ص 103.

[2] P. L'épée, H. J. Lazarini, J. Doignon : La responsabilité du médecin du travail, Ed Masson, Paris, 1981, p 09, 10.
Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 114, 115.
وانظر كذلك: عبد اللطيف الحسيني: الرجع السابق، ص 142.
حروزي عز الدين: المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة الجزائر، 2000- 2001، ص 145.

[3] انظر: أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي: الفواكه الدوائي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص 192.
أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي: المرجع السابق، الجزء الأول، ص 172.
محي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي: مغني المحتاج، الجزء الثاني، مطبعة البابي الحلبي، مصر، 1386هـ، ص 286.
منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 111.

[4] علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم: المحلى، الجزء العاشر، دار الجبيل ودار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون تاريخ، ص 457.

[5] محمد علاء الدين الحصكفي: شرح الدر المختار تنوير الأبصار، الجزء الثاني، مطبعة الواعظ، مصر، بدون تاريخ، ص 699.

فبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد عرف تطبيقا أوسع وتكريسا أكثر للتعويض عن تفويت فرصة الشفاء، ولعلنا نقتصر على بعض الأحكام القضائية الحديثة جدا متجاوزين بذلك الأحكام والقرارات التقليدية التي أوجدت فكرة التعويض عن إضاعة فرصة سانحة.

فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن خسارة الفرصة بحد ذاتها تشكل ضررا، حيث جاء في القرار " أن الضرر قد ينشأ من مجرد فعل قامت به فرصة ثم ضاعت، وأن الضرر ليس في الوفاة إنما في إضاعة الفرصة ".[1]

ومهما يكن التعويض الذي تقدره المحكمة في إطار تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، لا يمكن أن يؤدي إلى تعويض كامل عن الضرر النهائي، وقد أكد الاجتهاد هذا الأمر خصوصا عن الحالة التي أمسى فيها المولود بفعل ما أصابه أثناء ولادته على يد طبيب أخل بموجب العناية الطبية الواجبة للوالدة عند إجرائه لعملية التوليد.[2]

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتعويض المريض عن تفويت فرصة التماثل للشفاء، بسبب عدم المتابعة الأسبوعية له من قبل الأطباء في وسطه العائلي.[3]

وقضت أيضا في حكمين حديثين آخرين لها بتاريخ 2004/12/07 بالتعويض عن تفويت فرصة الشفاء بسبب عدم الإعلام. حيث قضت في القرار الأول بنقض حكم محكمة الاستئناف القاضي بتعويض المريضة عن الشلل أو العطل الذي أصاب وجهها بسبب خطأ في إعلامها عن خطر هذا الشلل الناجم عن عملية ترميم أو ترقيع الوجه. حيث نقضت محكمة النقض هذا الحكم وقررت تعويض المريضة عن تفويت فرصة الشفاء.[4]

أما بشأن القرار الثاني فقد قضت محكمة النقض بتعويض المريض عن تفويت فرصة الشفاء، حيث كان يعاني من تلف أو موت لخلايا الجلد والعضلات الناجم عن تصلب – تحجر- أوردته

---

[1] " Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue… ".
Cass. civ : 27/01/1970, J.C.P, 1970.II.16422.
Voir : Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 115.

[2] Cass. civ : 09/05/1973, J.C.P, 1974.II.17643.
Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 115.

[3] Cass. 1re civ : 04/05/1999, Guesdon C/ Delacoux des Roseaux : juris- data n° 001808.
Edité par : Sylvie Welsch : Responsabilité du médecin, Litec, Ed du juris- classeur, Paris, 2003, p 205.

[4] Cass. 1re civ : 07/12/2004, Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies, bulletin n° 145, 6716.
Pour plus de détailles voir : Annick Dorsner - Dolivet : La responsabilité du médecin, Ed. Economica, Paris, 2006, p154.

(شرايين) الساق. وحسب رأي الخبراء فإن موت أو تلف هذه الخلايا كان نتيجة لحقنة سببت له تصلبا للشرايين أو الأوردة التي أدت لاحقا إلى تلف الخلايا. وأن الأمر يتعلق بحادث غير متوقع وهو الحقنة، في وقت لم يستفد هذا المريض من أي إعلام أو تبصير بشأن مخاطر هذه الحقنة. بل أكثر من ذلك ذهبت محكمة النقض أنه حتى وإن تم إعلام المريض بهذه المخاطر فلن يرفضها بسبب ضرورة وحاجته لهذه الحقن التي تعتبر ضرورية لعلاج مرضه.[1]

ونختم أحكام القضاء الفرنسي بالقرار الشهير الذي أثار ضجة إعلامية وقانونية والمعروف بقرار بيروش "L'arrêt Perruche " الصادر بتاريخ 2000/11/17.[2] حيث قضت محكمة النقض بالتعويض للأبوين نتيجة الضرر المعنوي الذي أصابهما والمتمثل في ولادة طفلهما مشوها وذلك بسبب تأكيد أطباء التشخيص والتحاليل على استمرار حمل المرأة رغم إصابتها بداء الحميراء Rubéole، فضلا عن تعويض الطفل Nicolas عن الضرر المتمثل في ولادته مشوها، وبالتالي عن تفويت فرصة ولادته سليما بدون إعاقة.[3]

غير أن هذا الوضع لم يعمّر طويلا [4]، فقد جاء قانون 2002/03/04، الذي نظم وضبط حالات ولادة الأطفال مشوهين، حيث نظمت مادته الأولى مسألة التعويض والمستفيدين منه. الأمر الذي جعل قضية بيروش قضية عرضية ذات نتائج وآثار محدودة فيما بعد.[5]

أما بشأن القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمرا احتماليا، فإن تفويتها أمر محقق [1]، ولا يمنع القانون من أن يحسب في

[1] Cass. 1re civ : 07/12/2004, Dict. perm. Bioéthique et biotechnologies, bulletin n° 145, 6716.
[2] Cass. ass. plén : 17/11/2000, J.C.P, 2000.II.10438.
Voir les commentaires suivants :
Catherine Caillé : commentaire de cassation, assemblée plénière du 17/11/2000, Revue générale de droit médical, n°5, 2000, France, p 69- 76.
Dennouni Hadjira : L'arrêt perruche et les perspectives de la responsabilité médicale, Revue semestrielle « Etudes Juridique - دراسات قانونية », Editée par le laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit, Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 01, décembre 2004, p 01 - 22.
Denis Salas : L'arrêt perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, Recueille Dalloz- Hors- Série justices, Mai 2001, France, p 14 - 20.
[3] Alain Sériaux : "perruche " et autres. La cour de cassation entre mystère et mystification, le D. H, 178eme année, 1er cahier (rouge), 27/06/2002, n°25/7078, France, p 1996- 2000.
[4] وفي هذا الصدد نشير إلى الحزم والتنظيم المحكم للشريعة الإسلامية في تعاملها مع قضايا الأجنة والنطف، حماية للأم وجنينها. حيث حرمت إسقاط الجنين وإن كان مشوها بعد نفخ الروح فيه.
انظر عبد الرحمن بن سليمان الربيش: إسقاط الجنين المشوه بين الإباحة والتجريم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد الرابع والثمانون، السنة الحادية والعشرون، شعبان، رمضان، شوال، ذو القعدة 1430هـ/ أكتوبر، نوفمبر، ديسمبر 2009، يناير 2010، ص 36 وما بعدها.
[5] انظر: بن صغير مراد: " المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، 2007، كلية الحقوق- جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، ص 49.

الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة".[2]

كما جاء في حكم آخر حديث جدا للقضاء المصري يؤكد فيه التعويض عن تفويت فرصة الشفاء قوله: " بأن تفويت الفرصة وإن جاز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه، على أن يدخل في عناصره ما كان للمضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى العادي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع ".[3]

أما بخصوص موقف القضاء الجزائري فإننا نرى أن يأخذ بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة، متى كانت الفرصة حقيقية وجدية – وإن لم يشر إلى تفويت الفرصة بشكل صريح، إذ لم يذكر مصطلح تفويت الفرصة.

ونشير إلى أنه لا مانع في القانون الجزائري يمنع القاضي من أن يحسب في عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه وقوع فعل ضار غير مشروع. كما أنه لا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قاضي الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة.[4]

ومن أمثلة ذلك قرار المحكمة العليا بتعويض المريض المصاب الذي ترك دون متابعة أو رعاية، مما كان سيجنبه الآثار الوخيمة التي لحقته.[5]

كما قضت المحكمة العليا في قضية أخرى تتلخص وقائعها: " في وفاة امرأة بسبب نزيف حاد بعد إجراء عملية جراحية قيصرية، مما استدعى تزويدها بكمية من الدم. غير أن التأخر في نقل الدم مباشرة وفي الحين وكذا عدم معالجتها بمادة " مولدة الليفين" قد أدى إلى وفاتها، حيث كان من الممكن مراعاة ما سبق أن يؤدي إلى تجنب المأساة ".[6]

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل: تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، 1986، الكويت، ص 81.

[2] انظر: الحكم الصادر حديثا عن محكمة النقض المصرية بتاريخ: 1983/04/28م، في الطعن 1380 لسنة 52 ق. أشار إليه: معوض عبد التواب: مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 330، 331.

[3] نقض مدني بتاريخ: 1995/11/30، في الطعن رقم 7085 لسنة 63 ق- س 26، ص 1285، رقم 251. أشار إليه: سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 126.

[4] بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 165.

[5] قرار المحكمة العليا، غ. إ: 1977/10/29. أشار إليه:
M. M. Hannouz et A. R. Hakem : Précis de droit médical - à l'usage des praticiens de la medicine et du droit -, O.P.U, Alger, 2000, p 147, 148.

[6] قرار المحكمة العليا- الغرفة الإدارية بتاريخ 1992/07/26، رقم 92106، فهرس 511. قضية استئناف مدير القطاع الصحي ببني صاف ومدير شركة التأمين الجزائرية بعين تموشنت، القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان بتاريخ: 1991/02/02، والقاضي بإلزامها تضامنيا بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق الضحايا نتيجة وفاة المريض بسبب العملية الجراحية. (قرار غير منشور).

إذ نستنتج من الحيثية المذكورة آنفا الإشارة إلى تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة للمريضة التي توفيت إثر التأخر في نقل الدم وعدم معالجتها بمادة " مولدة الليفين"، حيث اعتبر القضاء أن ذلك كان سببا في تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة.

ونشير في الأخير إلى استقرار كل من الفقه والقضاء على اعتبار تفويت فرصة الشفاء أو التحسن الصحي أو البقاء على قيد الحياة أو عدم اتخاذ ما هو لازم في وقته المناسب... يعتبر ضررا في حد ذاته، ذلك أن مجرد تفويت هذه الفرصة يعتبر ضررا محققا[1]. هذا وقد لاقت فكرة التعويض عن تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية قبولا لدى باقي المهن الأخرى كالنقل والمحاماة وغيرهما، الأمر الذي يتطلب ضبط قواعد وشروط التعويض عن تفويت الفرصة بالنسبة للقواعد العامة للمسؤولية المدنية وفق التطبيقات المختلفة للمسؤوليات.

البند الثاني:

علاقة السببية

إن وقوع خطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض، لا يعني بالضرورة قيام مسؤولية الطبيب ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الأول، كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطا مباشرا برابطة يصطلح عليها برابطة أو علاقة السببية Lien de causalité وهي الركن الثالث في المسؤولية. ومعنى ذلك كله أن يكون الخطأ مرتبطا بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلة بالمعلول.[2]

وتتجلى أهمية ودور علاقة السببية في تحديد نطاق المسؤولية، ذلك أن الضرر قد يتولد من عدة أخطاء متباينة ومتعاقبة، لذلك فالقول بأهمية بحث ركن السببية ليس قاصرا على تقرير المسؤولية من عدمه، بل يمتد لتحديد نطاق هذه المسؤولية ودائرتها.[3]

[1] بن صغير مراد: تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 129.
[2] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 188. محمد أحمد عابدين: المرجع السابق، ص 59.
ولتفصيل أكثر حول هذا الموضوع انظر: عبد الرشيد مأمون: علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 03 وما بعدها.
[3] محمد صبري السعدي: المرجع السابق، ص 94.

لاشك أن تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الصعبة والشاقة [1]، وذلك لتعقد جسم الإنسان وتغيير واضطراب حالاته وخصائصه وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة، إذ قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل متشعبة وخفية كطبيعة تركيب جسم المريض ومدى سلامته....

وقد تناول المشرع الجزائري موضوع علاقة السببية ضمن نصوص القانون المدني مستعملا عبارة " ويسبب" مثلا في نص المادة 124 ق.م، كما أكد على مفهوم السببية في نصوص المواد 127، 176، 177 من القانون المدني.

كما أن قضاء النقض استقر في هذا الشأن على أنه متى ثبت الخطأ والضرر وتوافرت العلاقة السببية بينهما، فإنه لا مناص من قيام مسؤولية الطبيب المدنية، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوفرت العلاقة السببية بينهما، استنادا لتقرير الخبرة واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية ".[2]

كما جاء في قرار حديث جدا: " أنه من المقرر قانونا أن كل فعل خاطئ سبب ضررا للغير يلزم من تسبب في حدوثه بالتعويض... ومتى كان من الأكيد أن التلقيح بمصل ملوث يعود لخطأ المرفق الذي أهمل في اتخاذ الحيطة اللازمة لتفادي هذا الخلل، فإن العلاقة السببية بين عملية التطعيم والضرر اللاحق ثابتة وهذا ما يجعل مسؤولية المستشفى قائمة بكاملها ".[3]

إن رابطة السببية باعتبارها حسب رأي البعض بأنها " مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي تساهم في إحداث النتيجة أو الضرر " [4]، فإن أهميتها تتأكد في منظومة المسؤولية المدنية سواء في النظم القانونية الوضعية – كما رأينا بالنسبة للمشرع الجزائري– أو بالنسبة للفقه الإسلامي.

---

[1] A.R. Hakem et M.M. Hannouz : op.cit, p 77.

[2] قرار المحكمة العليا، غ. ج. م: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب.أ)/ م.ق، العدد رقم 02، 1996، ص 179.
قرار المحكمة العليا: 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي) ضد فريق (ك ومن معهم)، م. ق، العدد 02، 1996، ص 129.

[3] قرار مجلس الدولة: 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م.م ومن معه)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 409.

[4] Etienne Montéro : La responsabilité civile du fait des bases de données, presses univ. De Namur, Belgique, 1998, p 288.

وهكذا فقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية وجود علاقة أو رابطة بين فعل التعدي (الخطأ) والضرر الذي أصاب المضرور.[1]

لذلك قرّر الفقهاء في الضمان – المسؤولية– أن يكون الضرر مرتبطا بالفعل (الخطأ) ارتباط النتيجة بالسبب، إذ يسأل الشخص شرعا عن الأضرار المباشرة التي يلحقها بغيـــره، وكذلك عن الأضرار التي يكون متسببا في حدوثها مباشرة. وبناء عليه فلا ضمان في غير المباشر أو التسبب.[2]

على أن ما تجدر الإشارة إليه أن علاقة السببية لا تثير إشكالا متى كان خطأ الطبيب السبب الوحيد والمباشر لحصول ضرر بالمريض. كما لو أخطأ طبيب التخدير بأن أعطى المريض جرعة زائدة، أو كان المخدر لا يتلاءم وطبيعة هذا المرض مما أدى إلى وفاته فورا. ومثاله كذلك لو قام الطبيب بإجراء عملية جراحية دون تعقيم أدواته، أو كما لو نسي قطعة قماش أو جرحا دون خياطته، نتج عن ذلك وفاة المريض أو زيادة إصابته بالمرض والضرر... ففي هذه الأحوال يكون خطأ الطبيب السبب المباشر في حصول الضرر للمريض، وبمجرد إثبات هذا الخطأ تتقرر مسؤولية هذا الطبيب.

ذلك أن رابطة السببية ركن مستقل عن ركني الخطأ والضرر قائم بذاته، إذا انتفى انتفت معه مسؤولية الطبيب حتى ولو ارتكب هذا الأخير خطأ طبيا. ومثال ذلك أن يُهمل الطبيب في تعقيم أدواته أثناء تضميده جرحا، ويموت المريض بنوبة قلبية لا ترجع إلى خطأ الطبيب المرتكب[3]، فتنتفي حينئذ مسؤولية الطبيب لانتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر.[4]

---

[1] أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير، الجزء الثالث، طبع وزارة الشؤون الدينية، نشر مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1413هـ/1992م، ص 327.
موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المرجع السابق، ص 117.
علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: المرجع السابق، ص 77.

[2] بسام عبد الوهاب الجابي: المجلة (مجلة الأحكام العدلية) - فقه المعاملات في المذهب الحنفي- معها قرار حقوق العائلة في النكاح المدني والطلاق - النكاح- الافتراق، شرح: أحمد جودت باشا وسليم رستم باز، الطبعة الأولى، دار بن حزم، بيروت، 1424هـ/2004م، ص 98، 99، 267، 269.
محمد الزعبي: مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني، العدد الأول، حزيران 1987، الأردن، ص 177 وما بعدها.
أحمد عبد الكريم أبو شنب: المرجع السابق، ص 16.

[3] عبد السلام التونجي: المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 301.

[4] علي فيلالي: المرجع السابق، ص 271.

إنما يثور الإشكال وتتعقد مسألة بحث موضوع علاقة السببية، متى تداخلت مع خطأ الطبيب أخطاء أخرى سواء من غيره من أهل مهنة الطب من أطباء أو ممرضين أو غيرهم، أو من المريض المضرور ذاته.

إذ تزداد أهمية علاقة السببية وتتعاظم إشكالاتها متى تعدد محدثو الضرر، أو كان الضرر الذي أحدثه الطبيب بالمريض قد أفضى إلى ضرر ثان والضرر الثاني أدى إلى ضرر ثالث وهكذا. فيبرز التساؤل عما إذا كانت مسؤولية الطبيب عن كل هذه الأضرار أم عن الضرر المرتبط بخطئه فقط؟

كما يثور التساؤل عن المعيار المعتمد عليه في التحقق من قيام علاقة السببية أو انتفائها؟ إن الإجابة عما سبق وتذليلا لها تطلب منا الإشارة إلى ما تمخض عنه سعي الفقه، من إيجاد نظريتين في هذا الشأن.

الفقرة الأولى:

نظرية تكافؤ الأسباب La théorie de l’équilibre des causes

مفادها أن الضرر يحدث نتيجة عدة أسباب لا يمكن المفاضلة بينها بحسب أهميتها أو أسبقيتها أو خطورتها في إحداث الضرر، ذلك أن كل هذه الأسباب متكافئة ومتعادلة. كما أن تخلف أي سبب من الأسباب يحول دون وقوع الضرر[1] شأنه شأن الحلقة المفقودة.

فقد قضت محكمة النقض المصرية [2] أن تعدد الأخطاء يوجب مساءلة كل من أسهم فيه سواء كان سببا مباشرا أو غير مباشر في وقوع الحادث.

وفي فرنسا قضت محكمة Angers [3] بمسؤولية الطبيب حتى ولو لم يكن خطأ الطبيب هو السبب الوحيد لإحداث الضرر، ولو كان هذا الضرر نتيجة أسباب عديدة، فيكفي أن يكون خطأ الطبيب من بين الأسباب التي أدى ارتكابها ووقوعها إلى إحداث الضرر.

---

[1] يوسف نجم جبران: النظرية العامة للموجبات- مصادر الموجبات (القانون والجرم وشبه الجرم)-، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 1981، ص 72. عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.

[2] نقض جنائي: 1978/12/07، الطعن رقم 781، سنة 48 ق، مجموعة أحكام النقض الجنائية، السن التاسعة والعشرون، 1978، ص 871.

[3] Trib.civ. Angers : 24/01/1951. D. 1951. 210.
Voir aussi : Trib.civ. Aix : 20/01/1960, Gaz. Pal, 1963.I.339.

أشار إليهما: أحمد محمود سعد: المرجع السابق، ص 483.

أما في الجزائر فقد قضى مجلس الدولة بتبني فكرة تعادل الأسباب، حيث جاء في أحد قراراته الحديثة[1]: " وحيث أن الثابت من أوراق الملف ومن الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أن هناك علاقة بين مصل اللقاح والضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم، وهذا يعود إلى أسباب متعددة وليس بالضرورة إلى خطأ الممرضة، وهذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة ".

الفقرة الثانية:

نظرية السبب المنتج La théorie de la causalité adéquate

يقصد بها الأخذ بالأسباب الفعّالة أو الكافية، وقد قال بها الفقيه الألماني يوهانس فون كريس (Von Kries)، وتم تعديلها على يد فقهاء آخرين منهم رومالين، وتراجر.[2]

مفاد هذه النظرية أنه لا يُعتدّ من بين الأسباب، إلا بتلك التي تؤدي عادة إلى الضرر دون الأسباب الاستثنائية أو العارضة. ومعنى هذا أنه لا يُسأل الطبيب عن النتيجة إلا إذا كان فعله يصلح لأن يكون سببا كافيا لحصول النتيجة.

وقد تبنى هذه النظرية كل من الفقه والقضاء في ألمانيا وفرنسا ومصر وغيرها، وقيل في تبرير ذلك أن السبب المنتج والسبب العارض كان لكل منهما دخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع الضرر، إلا أن السببية المقصودة بهذا المعنى هي السببية الطبيعية، غير أن دراستنا القانونية تقتضي منها الوقوف على الأسباب القانونية دون الأسباب الطبيعية، لاعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر. ذلك أنه رغم تدخل كلاهما في إحداث الضرر، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذي يُحدث الضرر عادة بحكم السير العادي للوقائع والأحداث، ومن ثَم يعتبر صاحبه هو المسؤول.[3]

[1] قرار مجلس الدولة: 2007/03/28. المشار إليه آنفا.

[2] أحمد حسن عباس الحياري: المرجع السابق، ص 138.

[3] من العوامل التي ساعدت على بروز هذه النظرية وهجر سابقتها - نظرية تعادل الأسباب - أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت، فأصبح من السهل الإشارة إلى الخطأ المفترض في جانب المدعى عليه إضافة إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحا وبروزا. وعلى ذلك فإذا قلنا بالنظرية السابقة لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء - ومنها الخطأ المفترض - أسباب متكافئة، ومن ثم نساوي بين ما هو ثابت وما هو مفترض وهذا غير مستساغ.

انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 905، 906.

محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د،م،ج، الجزائر، 1988، ص 117.

فقد اتجه القضاء الفرنسي للأخذ بهذه النظرية في عدة مجالات، ولاسيما المسؤولية الطبية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بوجوب إعفاء المستشفى الخاص من أي مسؤولية نتيجة قطع الشريان السباتي (corotide) أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم، وبسبب أن الوريد لم يكن في موقعه الطبيعي، وهذا سبب كاف لإعفائهم من المسؤولية، ولو ثبت أن هناك خللا في الأجهزة الطبية و لم يكن ذا أثر على وفاة المريض.[1]

كما راعت محكمة النقض الظروف الخارجية المحيطة والمرتبطة بالعمل الجراحي، وأثرها في تحديد العلاقة السببية، فقضت بأن الطفل المصاب الذي نُقل إلى مستشفى خاص في حالة استعجالية، ثم توفي فور تدخل الطبيب، فلا مسؤولية على هذا الأخير في هذه الحالة، مادام ثم الاعتناء بالطفل وفقا لقواعد وأصول مهنة الطب.[2]

وهكذا توسع القضاء الفرنسي في أخذه بمفهوم السببية، حيث أقرت محكمة باريس [3] أن الطبيب الذي لم يتخذ الاحتياطات اللازمة، من ذلك تأكده من صيام المريض قبل إجراء العملية الجراحية له، يُعد مسؤولا عن الأضرار المترتبة عن ذلك.

أما القضاء المصري فلم يخالف نظيره الفرنسي، حيث اعتنق نظرية السبب المنتج أو الفعّال عند تداخل الأسباب أو توالي النتائج غير المباشرة.[4]

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أن المتهم بالقتل الخطأ يكون مسؤولا جنائيا عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التي أحدثها عن خطأ أو عمد ولو كانت عن طريق غير مباشر كالتراخي في العلاج أو الإهمال فيه ما لم يثبت أنه كان متعمدا لتجسيم المسؤولية، كما أن مرض المجني عليه وتقدمه في السن هي من الأمور الثانوية التي لا تقطع رابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة التي انتهى إليها أمر المجني عليه بسبب إصابته.[5]

كما قضت كذلك " بأن رابطة السببية كركن من أركان جريمة القتل الخطأ تتطلب إسناد النتيجة إلى الجاني ومساءلته عنها، طالما كانت تتفق مع السير العادي للأمور، وأن خطأ الغير

---

[1] Cass. civ : 25/05/1971, J.C.P. 1971, II - 16859.
[2] Cass. civ : 26/01/1970 - D. Encycl. De droit civil, 2[eme] éd, Paris, 1974, n° 421, p 27.
[3] Trib. civ. Paris : 04/03/1970. Gaz. Pal : 1970 - 1. Somm 15.
[4] منير رياض حنا: المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص 120.
[5] نقض جنائي: 1957/05/06، مجموعة أحكام النقض، السنة 28، رقم 124، ص 448.

ومنهم المجني عليه يقطع رابطة السببية، متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة".[1]

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فقد تبنى هو الآخر هذه النظرية، عندما أقرّ بمسؤولية الطبيب الذي أدّى خطأه المباشر لوفاة الضحية. حيث جاء فيه: " حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات ".[2]

كما قضت في قضية أخرى " أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر، أن يكون سببا فعّالا فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضـــرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعّال في إحداث الضرر، لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر".[3]

وبشأن الفقه الإسلامي فقد اختلفت آراء الفقهاء وانقسمت في مجملها إلى ثلاث آراء أو توجهات نلخصها فيما يلي:

الرأي الأول: يمثله جمهور الفقهاء[4]، حيث قالوا بضرورة السبب الأقوى، طبقا لقاعدتهم أو قولهم " لو تعاقب سببا هلاك، فعلى الأول منهما في التلف لا الوجود بالقوة " [5]. ومثلوا لذلك بمن بمن حفر بئرا عدوانا ووضع آخر حجرا على طرفه فعثر به شخص فوقع في البئر، فعلى واضع الحجر الضمان. لأن التعثر هو الذي ألجأه في البئر المهلك له.

الرأي الثاني: يرى بترجيح السبب الأسبق في الوجود، بقولهم: " ويضمن أسبق السببين لو اجتمعا، كواضع الحجر وحافر البئر، فيعثر بالحجر إنسان فيقع في البئر، فيضمن الحافر لأنه أسبق

[1] نقض جنائي: 1964/10/12، مجموعة أحكام النقض، السنة 15، رقم 111، ص 568.
[2] قرار المحكمة العليا: 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ك.ح) ضد (ب.أ)، م. ق، العدد 02، 1996، ص 180.
[3] قرار المحكمة العليا: 1964/11/17، م.ج، العدد الأول، 1965، ص 62.
وانظر كذلك: قرار المحكمة العليا: 1971/06/18، م.ج، العدد 02، 1972 ، ص 521.
[4] أبي بكر محمد بن أحمد السرخسي: المرجع السابق، ص 17.
أبي عبد الله محمد بن غانم البغدادي: المرجع السابق، ص 180.
محمد بن يوسف العبدري المعروف بالمواق الفقيه المالكي: التاج والإكليل لمختصر خليل - بهامش مواهب الجليل - ، الجزء السادس، مطبعة السعادة، مصر، 1328هـ، ص 244.
موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، ص 118 وما بعدها.
[5] محمد أحمد الشربيني الخطيب: المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 87 و88.

السببين فعلا. ولو تقدم الحافر ونصب آخر سكينا في قعر البئر فوقع عليها إنسان من غير تعثر فأصابته السكين فمات، فالضمان على الحافر ".[1]

الرأي الثالث: ويرى بالأخذ بجميع الأسباب التي أحدثت الضرر، ويظهر هذا من قولهم:" وإن حفر حفرة في الطريق فهو ضامن لمن تضرر بها، وإن جعل فيها آخر رمحا أو عقربا أو حية أو غير ذلك ضمنا معا، وإن حفر حفرة وركز فيها آخر رمحا أو جعل فيها ما يضر، وغطّاها ثالث فهم ضامنون، وهكذا إذا دفع فيها رابع رجلا فوقع فيها، فالأربعة ضامنون ".[2]

بناء على ما تقدم عرضه وبحسب الرأي الراجح لدى الفقه فإن المشرع الجزائري قدساير كُلاّ من التشريعين الفرنسي والمصري، آخذا بالرأي الأول للفقه الإسلامي، واعتنق بذلك نظرية السبب المنتج أو الفعّال، وهذا يبدو جليا من خلال نصوص المواد 126 و 182 من القانون المدني الجزائري.[3]

غير أن هذا التوجه لم يسايره القضاء الجزائري إلى حدٍّ ما، إذ يبدو موقف القضاء عندنا متذبذبا بين كلا النظريتين، وذلك لتغيّر ظروف ووقائع كل قضية وحالة خلاف أخرى.

والذي يظهر من خلال التحليل السابق ترجيح الرأي والنظرية القائلة بتعادل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر – لاسيما في مجال المسؤولية الطبية، وذلك لعدة اعتبارات أو أسسٍ منها:

– وجود سند ورأي شرعي سابق يقضي بضرورة مراعاة كافة الأسباب المتعددة في إحداث الضرر بدون تمييز بينها. حيث رأينا أن كل سببٍ قد ساهم في إحداث الضرر بالمريض يجب أن يُعتد به. وهكذا يُعتد بخطأ الطبيب ولو كان ثانويا أو غير مباشر.

---

[1] زين الدين بن نور الدين بن مشرق الجيعي العاملي (من فقهاء الإمامية): الروضة البهيجة شرح اللمعة الدمشقية، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، مصر، 1378هـ، ص 427.

[2] محمد بن يوسف بن عباس أطفيش الحفصي العدوي: شرح النيل وشفاء العليل، المرجع السابق، الجزء 15، ص 220 و221.

[3] تنص المادة 126 ق.م: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...". إذ نفهم من هذا النص أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى نتيجة واحدة (الضرر)، فإنه يفترض أن يعتد بمساهمة كل شخص في إحداث الضرر، وبالتالي مراعاة جميع الأسباب المؤدية إلى الضرر.

كما تنص المادة 182 ق.م: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ".

– جنوح القضاء عندنا إلى تفضيل نظرية تعادل الأسباب، لما فيها من تحقيق نوع من العدالة، وتكريس حماية أكبر للمريض، ويظهر هذا من خلال عدة أحكام قضائية.[1]

– أن اعتبارات المنطق السليم وقواعد العدالة تقتضي مُساءلة الطبيب متى ساهم خطأه مع أسباب أخرى في إحداث ضرر بالمريض، كما أن القول بالنظريات الأخرى يفتح الباب أمام إعفاء الأطباء من المسؤولية في كثير من الحالات. وما من شك أن مثل هذا التوجه سيدفع بالأطباء إلى توخي مزيد من الحيطة والحذر والحرص أثناء ممارستهم لمهنتهم.

كما أن السؤال الذي يطرح نفسه بكل بساطة: هل أن فعل الطبيب كان سببا في إحداث النتيجة (الضرر) أم لا – حتى ولو تدخلت أسباب أخرى ؟.

لا جدال أن الجواب المفترض هو الجزم بأن فعل الطبيب كان سببا كافيا من بين الأسباب الأخرى، ولاشك أن هذا يكفي لوجوب مساءلة الطبيب، وذلك لما يتسم به هذا النشاط الطبي من ضرورة المحافظة على صحة المريض، وعدم المساس بسلامة وصحة جسم الإنسان، ذلك أن المساس بها بغير مبرر يعتبر مخالفا لمقتضيات الأمن الصحي والسلامة الجسدية التي هي من النظام العام.

الفقرة الثالثة:

إثبات رابطة السببية

الصحيح فيما يتعلق بإثبات رابطة السببية أنها مفترضة [2]، لا يُلقى بعبء إثباتها على عاتق المريض المضرور. ذلك أن المجال الطبي يفرض قيام القاضي المدني بدور إيجابي أسوة بالقاضي الجنائي، وبالتالي خضوع إثبات رابطة السببية له. وعلّة ذلك أنه كثيرا ما تكون المسؤولية المدنية

---

[1] قرار المحكمة العليا: 1989/05/17، ملف رقم 53009، م.ق، العدد 02، 1991، ص 23. حيث جاء فيه: " ولما كان الثابت في قضية الحال أن السائقين اشتركا في المسؤولية المدنية عن الحادث باعتبار كل واحد منهما ارتكب خطأ فيه، فإن قضاة الموضوع بتقسيمهم المسؤولية مناصفة بين السائقين طبقوا القانون الصحيح ".

قرار المحكمة العليا: 1989/06/20، ملف رقم 56861، م.ق، العدد 03، 1992، ص 223. إذ جاء فيه: " ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع قبلوا تأسيس الطرف المدني في الدعوى الجزائية لوجود علاقة سببية ولو كان الأمر يتعلق بمشاجرة، فإن تحميل المسؤولية لمتهم واحد دون غيره يعد خطأ في تطبيق القانون ".

قرار مجلس الدولة: 1999/04/19، قضية (القطاع الصحي بأدرار) ضد (ز. رقية). قرار غير منشور. أشار إليه: رايس محمد: المرجع السابق، ص 310.

[2] وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري: " وعلاقة السببية مفترضة، فإذا ما وجد ضرر متصل بفعل شخص، فعلاقة السببية مفترضة ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ". الجزء الثاني، مصر، بدون تاريخ، ص 369.

وهذا ما يستنبط من نص المادة 127 ق.م.ج بقولها: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه...". وهذا دليل صريح في أن علاقة السببية مفترضة، يجب للتخلص منها إثبات السبب الأجنبي.

بالتعويض في المجال الطبي بصدد دعوى جنائية، كما يتعذر في كثير من الأحيان على المريض إثبات علاقة السببية وذلك لجهله عادة بالأمور الفنية. وبناء على ذلك فلا مناص من الاستعانة بالخبراء الفنيين، للتحقق من مدى اعتبار فعل الطبيب الخاطئ هو المتسبب في إحداث الضرر.

وعلى ضوء هذا فلا حرج من إطلاق سلطة القاضي المدني في الإثبات الإيجابي لرابطة السببية، وذلك لوجوب الاستعانة بالخبير الفني [1] من ناحية، ومن ناحية أخرى لوجود ضمان يتمثل في خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بتكييف تلك الوقائع من الناحية القانونية. ذلك أنه وإن كانت لا معقب على قاضي الموضوع فيما يستخلص من رابطة السببية، إلا أن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية إنما هي مسائل قانونية يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا [2]، ولهذا وجب النص صراحة في الحكم على توافر رابطة السببية حتى لا يكون هناك مجالا للنقض.

بقي أن نتساءل في الأخير هل من حق الطبيب وبإمكانه نفي هذه الرابطة السببية ؟ وبأي وسيلة يتم ذلك ؟. لعل هذا ما سنحاول بحثه من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الرابعة:

انتفاء علاقة السببية

لاشك أن تحديد مصدر الضرر – أي نسبة الضرر إلى الخطأ – من المسائل الشائكة والدقيقة في المسؤولية الطبية، ذلك أن السببية ليست بالشيء الملموس الذي يُرى، وإنما هي رابطة يستنتجها فكر القاضي من الواقع، بمعنى مما يبديه المريض من أدلة. لذلك فإن ثبوت مثل هذه الرابطة غالبا ما يكون مفترضا مع وجود هذه الأدلة، ويُترك للطبيب المدعى عليه أمر منازعة هذا الافتراض وتقديم الدليل العكسي، لنفي رابطة السببية بين فعله والضرر الذي أصاب المريض.

---

[1] يعتبر الفقيه المتخصص Jean Penneau من أشد المتحمسين لفكرة وجوب تعيين خبير فني في هذا الصدد. انظر مؤلفاته:

La responsabilité médicale: op.cit, p 134.
La responsabilité du medecin: op.cit, p 44, 45.

[2] قرار المجلس الأعلى: 1983/05/11، ملف رقم 28312، قضية (ق.ح) ضد (أ ب)، سلسلة قضائية - الاجتهاد القضائي-، قرارات المجلس الأعلى، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 53، 54.

وتطبيقا لذلك يستطيع الطبيب نفي السببية والتخلص من المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي عنه الذي لا يد له فيه، المتسبب في إحداث الضرر بالمريض، طبقا لما نصت عليه المادة 127 ق.م.ج.[1]

ويمكن تعريف السبب الأجنبي بناء على النص السابق بأنه كل فعل أو حادث لا ينسب إلى إرادة المدعي عليه وليس من المتوقع حصوله ويستحيل تفادي الضرر عند وقوعه.

يتبين لنا من هذا التعريف ضرورة توافر السبب الأجنبي على عنصرين لتحققه، ومن ثم انتفاء علاقة السببية وعدم مساءلة الطبيب، وهما:

أولا: أن يكون ذلك السبب أجنبيا عن الطبيب المدعى عليه لا يد له في وقوعه، إذ لو كان للطبيب دخل في حدوثه لما كان سببا أجنبيا ولتحمله الطبيب.

ثانيا: أن يجعل ذلك السبب وقوع الفعل الضار أمرا محتما لا يمكن دفعه، فلو كان بالإمكان دفعه أو تفاديه من قبل الطبيب لما كان سببا أجنبيا وتنهض مسؤولية الطبيب غير متأثرة به.

والسبب الأجنبي الذي تنتفي به رابطة السببية إما قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير:

أولا: القوة القاهرة (la force majeure): يقصد بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حدوث أمر غير متوقع لا يد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه أو مقاومته، يترتب عنه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا. إذ لا فرق بين القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ لدى غالبية الفقه والقضاء[2]. ويشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه من جهة، واستحالة دفعه أو التحرز منه من جهة أخرى، مما يترتب عنه انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر[3]، وبالتالي انعدام المسؤولية. كما لو توفي المريض على إثر رعد مفاجئ أو هزة أرضية، أو كما هو الشأن بالنسبة لأمراض الالتهاب الكلوي الذي يكثر بسببه الموت فجأة بدون أعراض تنذر بذلك، وكثيرا ما يحصل ذلك مع وجود طبيب يباشر العلاج.[4]

وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي، وكل ما يطلب من قاضي الموضوع أن يستند بشأنها إلى تسبيب سائغ.[5]

---

[1] تنص المادة 127 ق.م.ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك ".

[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 877.، عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 79، 80، 81.

[3] قرار المحكمة العليا، غ.ق.خ: 1988/05/25، ملف رقم 53010، م. ق، العدد 02، 1992، ص 11.

[4] عبد الحميد المنشاوي: الطب الشرعي ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص 10.

[5] قرار المحكمة العليا،غ.ق.خ: 1969/12/16، ن. ق، العدد الأول، 1970، ص 46.

هذا وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية فكرة القوة القاهرة كسبب أجنبي يقطع الصلة بين الفعل الضار والضرر، وبالتالي انتفاء الضمان. وقد عبروا عنها بألفاظ مختلفة من قولهم " الآفة السماوية " أو " الفجاءة ". ويقصدون بها كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان.[1]

يتضح مما سلف بيانه أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متفقان على أن القوة القاهرة تُعد سببا أجنبيا يقطع رابطة السببية، مما يعفي الطبيب من المسؤولية.

ثانيا: خطأ المضرور (La faute de la victime): تنتفي علاقة السببية بسبب خطأ المضرور (المريض) ويسقط حقه في التعويض، متى كان فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر[2]، سواء كان هذا الفعل خطأ أم عمدا، كما لو تعمد المريض الكذب على الطبيب [3]، بأن يذكر له عدم تعاطيه المطلق في السابق لأي نوع من الأدوية، أو عدم إتباع أي علاج مسبق، مما يضلل الطبيب فيقع في خطأ في التشخيص، ثم في وصف العلاج تضر بصحة المريض.

ومن الأمثلة كذلك تناول المريض أو تعاطيه لأشياء منعها عليه الطبيب بصورة قاطعة وصريحة مبينا له آثارها السلبية والوخيمة. ففي مثل هذه الحالات وغيرها يكون خطأ المريض هو سبب الضرر، وهو ما يقطع رابطة السببية بين فعل الطبيب والضرر الحاصل.

ونشير إلى أن رضاء المريض بالضرر - كأن يعلم بالضرر ويرضى بوقوعه، فهنا يصبح مساهما بهذا الرضاء في تحمل آثار الضرر الناتج، وتخفف بالتالي مسؤولية الطبيب بمقدار هذه المساهمة.[4]

وهكذا فإن رفض المريض إجراء فحوصات طبية ضرورية، لا يعفي الطبيب من المسؤولية، بل يُعد هذا الأخير مسؤولا عن الأضرار المترتبة عن هذا الرفض. غير أن الطبيب يمكنه التخلص من المسؤولية متى أثبت رفض المريض كتابة، حيث يعتبر هذا الرفض خطأ ارتكبه المريض الذي أراد الضرر لنفسه، فيتحمل بذلك المسؤولية لوحده دون سواه.[5]

---

[1] محمود شلتوت: الإسلام عقيدة وشريعة، الطبعة السادسة عشرة، دار الشروق، القاهرة، 1410هـ/1990م، ص 412.
وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 35.

[2] محمد عبد الظاهر حسين: خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 72.
محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: المسؤولية المدنية للمعلم - دراسة مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي -، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، الكويت، 1990، ص 142.

[3] قيس الصقير: المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، الرياض، 1996، ص 185.

[4] انظر تفصيل ذلك: رضا محمد جعفر: رضاء المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 280 - 311، 409 - 467، ص 551 وما بعدها. محمد عبد الظاهر حسين: المرجع السابق، ص 47 - 50.

[5] قرار المحكمة العليا: 1987/06/17، ملف رقم 48727، م.ق، العدد الثالث، 1991، ص 22. حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه يعفى من المسؤولية حارس الشيء إذا أثبت أن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، ومن تم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الضحية هي التي تسببت في وقوع الحادث، فإن قضاة الموضوع الذين

غير أن الأمر ليس على إطلاقه، ففي بعض الحالات إذا قام الطبيب الجراح مثلا بإجراء عملية لا تدعو الضرورة الصحية للمريض إليها، فإن الطبيب يعتبر مخطأ حتى ولو رضي المريض مسبقا بإجراء هذه العملية، وبالتالي لا يعفى من المسؤولية حتى وإن كان المريض قد قبل مسبقا نتائج هذه العملية[1]. إذ أن رضاء المريض بالضرر لا يمكن أن يحمل على أنه اتفاق لإعفاء الطبيب من المسؤولية، وعلى فرضية التسليم بوجود هذا الاتفاق فهو باطل متى كانت المسؤولية تقصيرية ناجمة عن عمل إجرامي، أو حتى عقدية متى كانت مترتبة عن غش المدين أو خطئه الجسيم.[2]

وتجدر الإشارة في الأخير أن الطبيب وإن كان من الممكن أن ينفي رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر، فإنه يمكن أيضا أن ينفي هذه الرابطة بين الخطأ وبين الضرر المتمثل في فوات الفرصة في الحياة أو الشفاء أو تحسن الحالة أو تفادي تفاقمها [3]. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن رفض المصاب في حادثة نقل دم إليه لأسباب دينية، مما أدى إلى وفاته بعد أيام، وبالتالي حرمانه بخطئه من فرصة الحياة، يتعين معه إنقاص التعويض بنسبة حرمانه منها بخطئه.[4]

ثالثا: خطأ الغير (la faute d'autrui): يعتبر خطأ الغير كذلك سببا أجنبيا ينفي رابطة السببية، متى كان هذا الخطأ في غير مقدور الطبيب المدين توقعه أو تفاديه، أو كان وحده السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض. وفي هذا الشأن قضي بأن خطأ الغير يقطع علاقة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة[5]. كما أن الضرر المشكو منه يـــجب أن يكون راجعا سببيا لخطأ الطبيب بالذات، دون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه.[6]

أسسوا قرارهم على المسؤولية المفترضة على كل من له حق الحراسة على شيء، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق هذه القاعدة التي لها استثناءات ومنها خطأ الضحية كما نصت عليه المادة 2/138 من القانون المدني ".

[1] بسام محتسب بالله: المرجع السابق، ص 266. عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص 312.

[2] تنص المادة 2/178 ق.م.ج على : " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المادين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه. ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي ".

[3] Cass. civ : 21/02/1967, J.C.P 1967 - 51.
Cass. civ : 18/12/1950, D. 1957. 231.
أشار إليهما: عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 205.

[4] Cass. crim : 30/10/1974, S.J 1975 - 2 - 18038, commail, Paris, 1975, p 387.
انظر: محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 372 وما بعدها.

[5] نقض جنائي مصري: 1974/11/17، السنة 20، ص 1270.
نقض مدني مصري: 1987/12/10، الطعن رقم 318، السنة 54 ق، ص 248.
ذكرهما: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 173 وما بعدها.

[6] قرار محكمة استئناف بيروت: 1967/05/18، عفيف شمس الدين: المصنف في قضايا الموجبات والعقود، 1992، ص 440 - 445.

ويقصد بالغير كل شخص لا يكون المدعى عليه مسؤولا عنه. فاصطلاح الغير ها هنا لا يتضمن الخاضعين للرقابة ولا التابعين، بمعنى غير الأشخاص الخاضعين لأحكام المواد 134 و136 ق.م.ج. فالغير من كان أجنبيا عن المسؤول، أي هو الشخص الثالث الأجنبي عن المدعى عليه.[1]

فإذا ناول أحد أقارب المريض أو أصدقائه الدواء بكميات مخالفة لوصفات الطبيب، فإن الأضرار المترتبة لا يسأل عنها الطبيب، لانتفاء رابطة السببية بسبب خطأ هذا الغير.

وجدير بالتنبيه أن توافر خطأ المريض المضرور أو خطأ الغير بصفة مستقلة واضحة على نحو ما بيناه، لا يثير إشكالا بالنسبة لنفي رابطة السببية، وبالتالي انعدام مسؤولية الطبيب. وإنما يثور التساؤل بالنسبة لاشتراك خطأ من جانب كل من المريض والغير، أو خطأ المريض والطبيب نفسه. فكيف يتم تحديد المسؤول عن الضرر ؟ وعلى أي أساس ؟ هذا ما يدفعنا للحديث عن ما يسمى بالخطأ المشترك.

الفقرة الخامسة:

الخطأ المشترك (La faute commune)

سبق وأن أشرنا إلى معنى الخطأ المشترك[2]. فلا قوام للخطأ في مجال المسؤولية الطبية إلا إذا توافر خطأ مستقل في حق الطبيب من جهة، وخطأ مستقل آخر من جانب المريض المضرور من جهة أخرى نتج عنهما ضرر.[3]

بناء على ما تقدم فإن تعدد الأخطاء المؤدية إلى وقوع الحادث يوجب مساءلة كل من أسهم فيها أيا كان قدر الخطأ المنسوب إليه، سواء كان سببا مباشرا أم غير مباشر في حصوله.[4]

ومن الأمثلة التطبيقية على ذلك، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في آخر حكم لها خلال الألفية الثانية بشأن الخطأ المشترك بين الطبيب والمخبر، بمناسبة إصابة امرأة حامل بداء الحصباء - Rubéole، حيث تضاربت نتائج التشخيص المصلي - Sérodiagnostic - الأول والثاني

---

[1] Cass. civ : 22/06/1943, 1947, D. 145.

[2] انظر الصفحة 106.

[3] محمد شتا أبو سعد: المرجع السابق، ص 147.

[4] قرار المحكمة العليا، غ.ج: 1964/07/27، م.ج، 1965، ص 45.
قرار المحكمة العليا: 1988/05/25، ملف رقم 53010، م. ق، العدد 02، 1992، ص 11.
قرار المحكمة العليا، غ.م: 1990/09/27، ملف رقم 71728، م. ق، العدد 02، 1992، ص 28.

بين السلب والإيجاب. فقرر المخبر بعد إجراء تحليل رقابي – حيث كانت النتائج إيجابية –، تأكيد استمرار المرأة في حملها.[1]

كما قضت محكمة النقض المصرية: " إذا قام الطبيب بمزج دواء بمحلول الطرطير بدلا من الماء المقطر الذي كان يتعين مزجه به، فإنه يكون قد أخطأ سواء كان قد وقع في هذا الخطأ وحده أو اشترك معه الممرض فيه. وبالتالي وجبت مساءلته في الحالتين لأن الخطأ المشترك لا يَجِبُّ مسؤولية أي من المشاركين فيه، ولأن استثاق الطبيب من كنه الدواء الذي يتناوله المريض أو في ما يطلب منه في مقام بذل العناية في شفائه. وبالتالي فإن تقاعسه عن تحريه أو التحرز فيه والاحتياط له، فهذا إهمال يخالف كل قواعد المهنة وتعاليمها وعليه أن يتحمل وزره ".[2]

إن حديثنا عن أحكام مسؤولية الطبيب التقصيرية، وتفصيلها على وفق ما سبق، يدفعنا لبيان الحالات التطبيقية لهذه المسؤولية من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث:
الحالات التطبيقية للمسؤولية التقصيرية في المجال الطبي

تظهر تطبيقات المسؤولية التقصيرية بصورة جلية في حالات غياب العقد الطبي بين الطبيب والمريض بصفة عامة، كيفما كانت طبيعة أو صورة هذا الغياب، وهذا ما سنبينه على النحو التالي.

البند الأول:
حالات انتفاء العقد:

هي الحالات التي تنعدم فيها الرابطة العقدية [3]، لسبب يتعلق بالمريض أو بالطبيب، أو بطبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب والمستشفى الذي يعالج فيه المريض. وتفصيل ذلك كما يلي:

---

[1] Cass. civ : 17/11/2000, R.G.D.M, n° 05, France, p 69.
Voir : Catherine Caille : Commentaire de cassation, op. cit, p 69 à 76.

[2] نقض قضائي: 1970/04/20. مذكور عند محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 174.

[3] رضا عبد الحليم عبد المجيد: المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 200.

الفقرة الأولى:

حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته

يتضح ذلك من خلال الأحوال التي يقدم فيها الطبيب على تقديم العلاج في الحالات الاستعجالية[1]. كما لو أصيب المريض على إثر حادث سير أو حريق أو تهدم بناء أو زلزال...، فكان من شأن تدخل الطبيب إصابة المريض بضرر، فطبيعة المسؤولية المترتبة لن تكون إلا تقصيرية.

ولا يغير من ذلك أن يكون تدخل الطبيب لإسعاف المريض، قد تم بناء على دعوة الجمهور، مادام أن هذا الأخير ليست له الصفة في تمثيله.[2]

كما ينطوي تحت هذه الأحوال حالات الضرورة التي يضطر فيها الطبيب إلى التدخل لإجراء عملية جراحية مثلا، أو كان المريض تحت تأثير الغيبوبة أو التخدير الذي لا يمكنه معه التعبير عن إرادته. ذلك أن الواجب الإنساني والطبي يقتضيان تدخل الطبيب دون انتظار الموافقة.[3]

هذا ونشير إلى أن بعض الفقه قد اعتبر هذه التدخلات توجب المسؤولية العقدية، على أساس أن غريزة حب البقاء تدفع المريض للرضا بهذا التدخل. فالرضا حسب قولهم مفترض يستنتج من الظروف المحيطة بالمريض. غير أنه يرد على ذلك بأن الرضا لا يفترض، بل يتطلب إيجاب وقبول دون ضغط أو إكراه، فإذا أخطأ الطبيب في مثل هذه الحالات تكون مسؤولية تقصيرية.[4]

ويلحق بهذه الصورة حالة ما إذا كان تدخل الطبيب للعلاج بغير طلب من المريض، أو حتى ممن له شأن في ذلك[5]. وهي تختلف عن حالة انعدام قدرة المريض للتعبير عن رضائه، من حيث أن المريض هنا يكون في حالة تسمح له بهذا التعبير، والفرق الجوهري في هذه الصورة هو عدم اختيار المريض أو من يمثله للطبيب الذي تقدم لعلاجه.

---

[1] طبق لما نصت عليه المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، وكذا المادتين 09 و44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
[2] منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق ، ص 82.
[3] مروك نصر الدين: رسالته السابقة، ص 279.
[4] محمود زكي شمس: المرجع السابق، ص 377. محمد فهر شقفة: المسؤولية المترتبة على عمل الطبيب، المرجع السابق، ص 137.
عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 21.
[5] حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 122.

الفقرة الثانية:

حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية

رغم التسليم بحرية الطبيب واستقلاليته في مزاولة مهنته، إلا أن ذلك الحق مقيد بما تفرضه عليه أصول مهنته من واجبات في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله اعترف له بها، وما يقتضيه من الواجب الإنساني والأدبي الذي تفرضه عليه أصول ومقتضيات مهنته وإلا كان متعسفا في استعمال حقه.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في شأن طبيبة لم تقدم المساعدة الطبية لمريض في حالة خطر، بقرار جاء فيه: " من المقرر قانونا أن كل شخص امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه، بعمل مباشر منه، أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير ".[1]

وحينئذ يمكن القول بمساءلة الطبيب الممتنع مدنيا على أساس التعسف في استعمال حق الامتناع، حيث يقترن استعمال هذا الحق بنية الإضرار بالغير.[2]

الفقرة الثالثة:

حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي

لاشك أن المريض الموجود في مستشفى عمومي ليس بينه وبين الأطباء العاملين فيه أي عقد. وبناء على ذلك فإن العلاقة بين المريض والطبيب في هذه المرافق ليست عقدية، بل ذات طبيعة إدارية لائحية. وقد ذهب غالبية الفقه في هذا الصدد إلى القول بأنه لا توجد علاقة تعاقدية في المرفق الصحي العام بين الطبيب والمريض، أو بين المريض وإدارة المستشفى. إذ أن كل ما في الأمر أن المريض ينتفع بالخدمات الصحية التي يقدمها هذا المستشفى الذي يُسَير كمرفق عام.[3]

[1] قرار المحكمة العليا: 1995/12/26، ملف رقم 128892، قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 182.

[2] أحمد رفعت خفاجي: الخطأ تحت ستار الحقوق في القانون المصري، مجلة المحاماة، العدد الثالث، السنة 31، مصر، ص 79 وما بعدها.

[3] Maryse Deguergue : La responsabilité des hôpitaux publics, Hors -série (juillet - aout) , 1999, France, p 20.
Serge Dael : L'évolution récente de la responsabilité médicale des hôpitaux publics " La responsabilité médicale" (justice et indemnisation), journée de formation du vendredi 13 juin 1995, organisée par le C.R.F.P.A d'Orléans, à tours, France, p 15.
Jean Penneau : La responsabilité du médecin, op. ciit, p 50 - 60.
Christophe Radé : op.cit, p 55, 56, 57.

فالطبيب الذي يعمل موظفا في مستشفى عمومي، يعتبر في مركز لائحي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة. وعلى هذا الأساس لا يمكن مساءلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية[1]. ذلك أن المريض المستفيد من المرفق العام (المستشفى)، إنما هو في مركز لائحي عام يستفيد منه هو وغيره من الناس، وبعيد عن أن يكون مركزا تعاقديا. لأن حقوق المرضى والتزاماتهم ليست ناشئة عن اتفاقات ذاتية بينهم وبين الدولة، بل هي مستمدة من قواعد قانونية عامة التطبيق، أوجدتها اللوائح والقوانين المنظمة للمرفق العام.

وبناء على ما سبق فليس للمستشفى العمومي أن يرفض قبول مريض لديه للعلاج أو تقديم خدمات طبية، لأن مثل هذا الرفض يخالف مبدأ المساواة أمام الأعباء أو الخدمات العامة المقرر.[2]

وهكذا يرى بعض الفقه أن مسؤولية المستشفى العمومي لا تعدو كونها مسؤولية مدنية إدارية، لا تتعداها إلى المسؤولية الجنائية. ذلك أن المؤسسة الاستشفائية تكون مسؤولة بالمال عن عمل أو فعل ارتكبه أحد أطبائها.[3]

وعلى هذا الأساس تعتبر علاقة الطبيب بالمريض في مستشفى عمومي، علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام. وتفترض وجود علاقة مباشرة بين المريض والمستشفى العام[4]. ولذلك فإن حقوق والتزامات كل من الطبيب والمريض تتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره المستشفى.

N. Younsi - Haddad : La responsabilité des établissements publics, Hors - série (juillet- aout), 1999, France, p20.

وانظر كذلك: عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 1387. أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 18، 19.

رايس محمد: إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة - تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد 0، ديسمبر 2005، الجزائر، ص 62.

[1] حكمت سوسو: المرجع السابق، ص 418.

محمد عبد الله حمود: المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة الثلاثون، ربيع الأول 1427هـ/ مارس 2006، الكويت، ص 153.

[2] انظر في هذا المعنى: بن صغير مراد: مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، مجلة العلوم القانونية، الإدارية والسياسية، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، العدد الثامن، 2009، ص 83 وما بعدها.

[3] ناجي الهاني: بحث علمي وقانوني حول المسؤولية الطبية: تمريض/ مستشفى، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 512، 514.

عادل أحمد الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 112 وما بعدها.

[4] أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 18.

محمد محي الدين إبراهيم سيد: أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع - دراسة مقارنة-، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنوفية، مصر، العدد التاسع، السنة الخامسة، أبريل 1996، ص 265، 266، 277.

وجدير بالإشارة أن ننبّه إلى أن الأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية المستشفى الخاص أو العيادة الطبية (clinique)، حيث يحكم العلاقة القائمة بينه وبين المريض عقد الاستشفاء المنعقد بينهما. إذ أن مسؤوليته هي عقدية سواء وقع الخطأ بسبب المستخدمين فيه من أطباء وممرضين وغيرهم، أو وقع منه مباشرة كسوء في المراقبة أو الإهمال في الإشراف أو نحوه.[1]

إن هذا التوجه في تحديد طبيعة الأخطاء المرتكبة من قبل أطباء المستشفيات العمومية، واعتبار المسؤولية المترتبة عنها تقصيرية، كرسه غالبية القضاء. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها[2] بمسؤولية المستشفيات التقصيرية نتيجة أخطاء ارتكبها الأطباء الممارسون فيها. كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بنفس التوجه بخصوص مسؤولية المستشفيات العمومية.[3]

كما قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: " لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما. كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية ".[4]

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فرغم قلة الأحكام القضائية – بل وعدم إشارتها لطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي، إلا أنه يمكن تصنيف مسؤولية المستشفيات العمومية ضمن المسؤولية

---

[1] Hubert Goutel : La responsabilité des cliniques, responsabilité civile et assurances, Editions juris- classeur, Hors- série, (juillet- août) 1999, Paris, p 27.
Pierre Sargos : La doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité, Responsabilité civile et assurances, Editions juris- classeur, Hors- série, (juillet- aout) 1999, Paris, p 36.
وانظر: حسام الدين كامل الأهواني: مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 390.

[2] Cass. 1re civ : 08/06/1994, inédit polyclinique Bordeaux Nord c/ cts Fonteneau, Hors - série (juillet - aout) 1999, Paris, p 30.
Cass. 1re civ : 07/07/1998, clinique du parc, Hors - série (juillet - aout) 1999, Paris, p 33.

[3] C. E, Sect : 14/02/1997, req. n° 133238, Centre hospitalier régional de Nice, Hors - série (juillet - aout) 1999, Paris, p 25, 26.
C.E : 03/11/1997, Hopital Joseph Imbert d'Arles, Hors (juillet - aout) 1999, Paris, p 26.

[4] نقض مدني: 1969/07/03، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة 20، رقم 169، مصر، ص 1094.

التقصيرية. حيث قضت المحكمة العليا بمسؤولية المستشفى نتيجة إهماله وعدم متابعة المريض ومراقبة حالته.[1]

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها صراحة بتحمل المستشفى للمسؤولية المدنية عن الأخطاء التي ارتكبها المداومون في المستشفى على أساس علاقة التبعية، بقولها: " ومادام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض، فيكونوا قد ارتكبوا خطأ كبيرا يتحمل المستشفى تبعته، يستوجب التعويض لورثة الهالك ".[2]

من جهته قضى مجلس الدولة في قرار حديث جدا له بمسؤولية المستشفى عن خطأ ارتكبته الممرضة في تلقيح فتاة صغيرة، أدّى بها إلى إجراء عملية جراحية على كتفها الأيمن.[3]

كما قضى مجلس الدولة كذلك في قرار حديث بمسؤولية المرفق الصحي العام (المستشفى) عن خطأ ارتكبه طبيب الأشعة، أدّى إلى بتر ساعد اليد اليمنى للضحية، حيث جاء فيه: " إنه من مبدأ القانون أن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر ويحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به ".[4]

إن ما يمكن استخلاصه أن توجه القضاء في هذا الصدد يبدو في اعتبار مسؤولية المرافق الصحية عن أخطاء الأطباء المزاولين في المستشفيات العمومية، من قبيل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه [5].

بعد أن ثبت قدرة الإدارة على إصدار التعليمات للأطباء في عملهم الذي يزاولونه لحسابها ويخضعون في تنفيذه لرقابة وتوجيه من يَنُوبُون عنها. بل ولا يلزم لقيام التبعية أن تجتمع للمتبوع (المستشفى) سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع (الطبيب)، إذ يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه.[6]

---

[1] قرار المحكمة العليا، غ.إ: 1977/01/29، قضية (فريق ب) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا).
Voir :M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p 145.

[2] قرار المحكمة العليا: 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي بسطيف) ضد (فريق ك ومن معهم)، م.ق، العدد الثاني، 1992، ص 129.
كما جاء في قرار آخر ما نصه: " ومن المستقر عليه قضاء أن مسؤولية الإدارة تقوم حتى في حالة انعدام الخطأ تجاه الأشخاص ضحايا الحوادث عندما يكونوا مدعوين لتقديم مساهماتهم...": 1989/03/11، ملف رقم 55235، م.ق، العدد الثالث، 1990، ص 205.

[3] قرار مجلس الدولة: 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م.م ومن معه)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 413.

[4] قرار مجلس الدول: 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س.م بن ر ومن معه) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي ن.م بتيزي وزو)، ن.ق، العدد 63، 2008،ص 398.

[5] نجيب خلف أحمد: مسؤولية المستشفى العام عن أخطاء أطبائه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد 21، 2006، العراق، ص 240 وما بعدها.

[6] محمود خيال: خطأ التابع والجمع بين المسؤوليات عن فعل الغير - دراسة قضائية-، كلية الحقوق بني سويف- جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 25، 27.

وما تجدر الإشارة إليه في الأخير أن مسؤولية المستشفى التقصيرية عن خطأ الطبيب، قد تنعقد بصفة أصلية متى انتفى خطأ الطبيب وثبت خطأ المستشفى وحده، أو متى استغرق خطأ المستشفى خطأ الطبيب. كما قد تنعقد مسؤوليتهما بحسب نسبة خطأ كل واحد منهما، وإن كان المريض قد رفع الدعوى ضد المستشفى. إذ قد يرجع المستشفى لاحقا على الطبيب بنصيبه في التعويض متى ثبت خطأه.[1]

البند الثاني:

حالات بطلان العقد

تتمثل هذه الحالات متى كان عقد العلاج باطلا لسبب من الأسباب، كما لو تخلف أحد أركانه أو شرط من شروط صحة محله أو سببه.

ومن أمثلة تلك الحالات، أن يقوم الطبيب بإجراء تدخل جراحي للمريض دون موافقته ورضائه، بالنسبة للأحوال التي يشترط فيها موافقة المريض، كنقل الأعضاء البشرية أو زراعتها، أو القيام بعمليات التلقيح الاصطناعي، أو إجراء عملية جراحية خطيرة تتطلب موافقة كتابية صريحة من المريض.[2]

كما تتوفر هذه الحالات متى كان سبب العقد الطبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كأن يقوم الطبيب مثلا بإجراء عملية جراحية لامرأة لإزالة مبيض التناسل دون أدنى حاجة أو ضرورة تدعو لذلك. أو كما تعاقد مع المريض من أجل تجارب طبية على مرضه، دون أن يكون دافعه البحث عن علاج مناسب لرفع المرض عنه أو حتى التخفيف منه.

[1] Cass : 30/10/1995, clinique du château, hors- série(juillet - aout) 1999, Paris ,p 42, 43.
Voir aussi : Patrice Jourdain : La responsabilité du médecin du fait d’autrui, responsabilité civile et assurances- Editions du juris- classeur, Hors- série(juillet - août) 1999, Paris ,p 17 et 18.

[2] انظر: بن صغير مراد: التأصيل الفقهي (الشرعي) والقانوني للتلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحجة - تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، العدد الأول، جويلية 2007، الجزائر، ص 85.

يبدو واضحا مما سبق أنه متى كان العقد الطبي باطلا، استلزم قيام مسؤولية الطبيب التقصيرية، لانعدام الأساس العقدي الذي تُبنى عليه.

البند الثالث:

حالة مساءلة الطبيب عن خطئه جنائيا

يرى البعض أنه متى أخذت مخالفة الطبيب لالتزامه طابعا جنائيا، بأن كان الفعل المنسوب إليه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، كان القضاء الجنائي مختصا بالدعوى المدنية.[1]

وعلى هذا الأساس أدانت محكمة باتنة طبيبا جراحا متعاقدا للمداومات مع القطاع الصحي بنقاوس بعقوبة الحبس النافذ لمدة ستة أشهر، والتعويض لذوي المرأة بمبلغ 600.000 دج. وذلك بسبب نسيانه قطعة قماش في بطنها بعد إجراء عملية جراحية لاستئصال ورم في رحمها في شهر أبريل 1999، أدّى إلى وفاتها.[2]

وينطبق هذا بصفة عامة على كل حالة يترتب عن الإهمال الجسيم للطبيب وفاة المريض، حيث يكون الطبيب محلا للمساءلة الجنائية وبالتالي المسؤولية التقصيرية.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية: " أن المشرع خصّ المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلا منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل كلا من المسؤوليتين في نطاق محدد. وعليه فلا يجوز إذا توافرت المسؤولية العقدية الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية التي يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة[3]، – لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام المسؤولية العقدية من إهدار لبنود العقد. ما لم يثبت ضد أحد طرفي العقد أن الفعل الذي ارتكبه وأدّى إلى الإضرار بالطرف الآخر، يشكل جريمة جنائية أو يعدّ غشّا أو خطأ جسيما، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني ".[4]

---

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 197.
[2] حكم محكمة باتنة: 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس - باتنة، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم 3120، السنة العاشرة، بتاريخ 2001/03/19، ص 12.
[3] انظر ما أشرنا إليه سابقا حول مبدأ وحدة أو ازدواج المسؤوليتين، ص 113 وما بعدها.
[4] قرار محكمة النقض المصرية: 1968/04/26، مجموعة أحكام النقض المدنية، السنة 19، ص 762. أشارت إليه: سهير منتصر: المرجع السابق، ص 68، 69.

البند الرابع:

حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب

تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية في الحالات التي تنجم عن تدخل المريض المعالج عند هذا الطبيب ضرر يصيب الغير. كأن يهمل الطبيب في رعاية أحد المرضى المختلين عقليا، والذي يتولى الإشراف على علاجه ومتابعة حالته، ثم يحدث أن يصيب هذا المريض أحدا من الغير. وكذلك الحال بالنسبة للعدوى التي تنتقل من أحد المرضى الذين يعالجهم الطبيب، فتصيب الغير بضرر.

ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الحالة التي يسلم فيها الطبيب للمريض شهادة طبية غير مطابقة للحقيقة certificats mensongers ou erronés، حيث تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب في مواجهة الغير الذي أصابه ضرر نتيجة تلك الشهادة. كتحرير شهادة مرضية غير مطابقة للحالة الصحية للعاملين، للاحتجاج بها في مواجهة جهات العمل أو هيئات التأمين الاجتماعي.

كما يدخل ضمن هذه الصورة حالة خطأ الطبيب التقصيري، المتمثل في تركه لبعض الأخطاء المطبعية في كتابه، سواء فيما يتعلق بمقادير الجرعات، أو طريقة الاستعمال أو غير ذلك، مما ينتج عنه وفاة المريض أو تدهور حالته الصحية.[1]

البند الخامس:

حالة مطالبة الغير بالتعويض استنادا للحق الشخصي غير الناشئ عن العقد

لا جدال أنه متى كانت دعوى التعويض قد أقيمت من قبل المريض ذاته، فإنها تستند إلى عقد العلاج متى ثبت وجود هذا العقد. وهكذا الحال فيما لو أقيمت الدعوى من قِبل خلفه العام، ففي كلتا الحالتين تكون مسؤولية الطبيب عقدية لاستنادها إلى العقد.

غير أن الوضع يختلف فيما لو أقيمت الدعوى من قبل الخلف العام ضد الطبيب لا بصفتهم كورثة، وإنما بصفتهم الشخصية، حيث يمتنع الاستناد إلى العقد. ونفس الأمر فيما لو كانت الدعوى قد أقيمت من قبل أقارب المريض من غير ورثته، أو من قبل الغير الذي أصابه الضرر نتيجة خطأ الطبيب.

ففي مثل هذه الحالات تنعقد مسؤولية الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية.[1]

---

[1] C. Senne : 13/04/1913, gaz. Trib 1911- II, 374.

ذكره: حسين عامر، عبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 95.

إن ما يمكن أن نخلص إليه أن الخطأ التقصيري كان أول أساس بنيت عليه قواعد المسؤولية الطبية، ولازال يشغل حيزا كبيرا ضمن منظومة المسؤولية المدنية، رغم تطور قواعد المسؤولية الطبية، والتضييق على ركن الخطأ، في إطار توجه فقهي وقضائي ممنهج نحو ضمان حماية أكبر وكفالة حقوق أوسع للمريض في علاقته مع الطبيب. وهذا ما يتجلى من خلال التوجه شيئا فشيئا نحو تكريس الطابع التعاقدي بخصوص العلاقات الطبية [2]، بل وتجاوز ذلك إلى حدود تقرير مسؤولية الأطباء دون خطأ مهما كان تقصيري أم عقدي. وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الثاني:
الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية العقدية

يتحقق الخطأ العقدي عموما متى وُجد عقد صحيح بين طرفين أو أكثر، أخلّ أحدهم ببنود هذا العقد أو الالتزامات الناشئة عنه.

ويُعرّف العقد بصفة عامة بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه ".[3]

على ضوء تحديد مفهوم العقد، تكاد تتفق غالبية التشريعات وأحكام القضاء وآراء الفقهاء، على أن الخطأ العقدي la faute contractuelle يتمثل في الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية[4]، سواء كان ذلك الإخلال بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ أو بتنفيذ التزامات على خلاف ما هو مقرر ببنود العقد، بمعنى تعديل العقد بصورة انفرادية على نحو يضر بمصلحة الدائن.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 755.

[2] للوقوف أكثر على طبيعة هذا التوجه وأسسه ومعالمه، راجع : بن صغير مراد: التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، العدد الرابع، 2007، ص 283 - 320.

[3] عبد المنعم فرج الصدة: مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، 1982، ص 321.
عبد الودود يحي: الموجز في النظرية العامة للالتزامات - المصادر، الأحكام، الإثبات-، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 19.
جلال علي العدوي: مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 21.
تنص المادة 54 ق.م.ج: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

[4] مروان كساب: المرجع السابق، ص 08.

لاشك أن تعريف العقد بصفة عامة يدفعنا لبحث تعريف خاص للعقد الطبي موضوع دراستنا، فقد عرفه بعض الفقه بأنه: " إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتضيه حالته المرضية، تطابقا مع إرادة المريض في تقديمه، وينتج عن هذا العقد التزامات".[1]

كما يعرف العقد الطبي بتعريف أدّق وأشمل بأنه: " اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض المعالج أو من يمثله قانونا من جهة أخرى، يلتزم بموجبه الطبيب بتقديم العلاج والفحوصات اللازمة، مقابل التزام المريض بتطبيق تعليمات الطبيب بدّقة ودفع الأجر المستحق ".[2]

إن توضيح معنى العقد الطبي وبيان مفهومه بهذه الصورة المختصرة، لا يعني شيئا في تحديد الخطأ العقدي الموجب للمسؤولية العقدية، ما لم يتم تبيان شروط هذه المسؤولية العقدية، وإبراز الخصائص المميزة لهذا العقد، ثم بيان طبيعته القانونية. وهو ما سنتناوله من خلال هذه الفروع الموالية.

الفرع الأول:
شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية

تفترض العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض وجود عقد صحيح يربطهما، صريحا كان أم ضمنيا وهو عقد العلاج أو العقد الطبي. بمقتضاه يلتزم الطبيب أن يهيئ للمريض علاجا مُناسبا يتفق والأصول العلمية المستقرة.

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه في قرارها الشهير المعروف بقرار مرسيه Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936[3]. والذي بموجبه اعتبرت مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي ألحقها بالمريض مسؤولية عقدية تخضع لأحكام المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي بقولها: " ينشأ بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يرتب في ذمة الطبيب التزاما – وإن لم يكن بشفاء المريض –، وإنما بتقديم عناية وجدانية يقظة – فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية –

[1] سليمان مرقس: مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، المرجع السابق، ص 163.
[2] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 85.
ثروت عبد الحميد: تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 111.
[3] Cass. civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet- août 1999), Paris, p 07.

المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة، وإخلال الطبيب بما يمليه عليه العقد، ولو غير متعمد، يوجب مسؤولية من نفس النوع، أي مسؤولية تعاقدية ".

إن هذا التوجه يكاد ينعقد الإجماع بشأنه فقها وقضاء إلى غاية وقتنا الحالي هذا، بل وهو توجه أخذت به جل التشريعات الحديثة ومنها التشريع الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 2002/03/04، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، والذي يقيم مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ على أساس الخطأ.[1]

بناء على ما تقدم لا يتحقق الخطأ العقدي إلا متى تم الإخلال بعقد العلاج، الذي يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية.

البند الأول:

ضرورة وجود العقد

يجب أن يكون هناك عقد بين الطبيب المسؤول والمريض المضرور، بحيث إذا ما باشر الطبيب العلاج دون الاستناد إلى عقد بينهما، انتفت عنه المسؤولية العقدية.[2]

ولاشك أن أغلب الحالات تقتضي أن يرتبط الطبيب بمريضه بموجب عقد، على أساس أن الطبيب بمجرد فتحه لعيادته وتعليقه للافتة تحمل اسمه وتخصصه [3]، فهو في موضع الإيجاب العام. وأي مريض يُقبِل للعلاج عنده، إنما هو قبول منه لهذه الدعوة إلى التعاقد.

البند الثاني:

أن يكون العقد صحيحا

نص المشرع الجزائري في القسم الثاني من الفصل الثاني للقانون المدني على شروط العقد، مركزا على وجه الخصوص على الرضا والمحل. خالطا بذلك شروط العقد مع أركانه [4]. وعلى هذا

[1] L'article 1142 - 1 du la loi n° 2002 - 303 du 04 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O, n° 54 du 05/03/2002.

[2] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 71.
محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام-، المرجع السابق، ص 108.
Voir aussi : Fouad. N. Boustany : La responsabilité médicale : que devons- nous savoir ?, Revue le commerce du levant, n° 5435, 69 eme année, 07/05/1998, Liban, p16.

[3] طبقا لما تنص عليه المادة 78 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

[4] علي فيلالي: الالتزامات - النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2001، ص 66.

الأساس لكي يعتبر العقد الطبي صحيحا يجب أن تتوافر فيه جميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب وفقا للقواعد العامة.[1]

الفقرة الأولى:

الرضا – Consentement

تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ". ومعنى ذلك أن التعبير عن الإرادة الذي يعتد به هو ما كان صادرا عن ذي أهلية للتعاقد.

أولا: رضا المتعاقدين: لقيام العقد الطبي صحيحا يشترط طبقا لما نص عليه القانون رضا كل من الطبيب والمريض.

فبالنسبة للطبيب يشترط أن يباشر العقد بإرادته وحريته، وأن يكون رضاه سليما خاليا من أي عيب من عيوب الرضا. فقد منح المشرع الطبيب الحق في رفض القيام بالعمل الطبي تجاه المريض لأسباب شخصية، أو مهنية، واستثنى من ذلك حالات مواجهة المريض لخطر صحي وشيك يهدد حياته[2]. حيث يتعين على الطبيب التدخل لإسعافه لحين تأمين طبيب مختص لعلاج حالة المريض المستعجلة، أو على الأقل التأكد من ضمان تقديم العلاج الضروري له. ما لم تكن هناك قوة قاهرة تمنع الطبيب من التدخل.

أما بالنسبة لرضا المريض فهو مما يتعيّن ابتداء في العقد الطبي، حيث حرصت غالبية التشريعات على تكريس رضا المريض وموافقته على التدخلات الطبية[3]، حيث اعتبرت حرية المريض في اختيار طبيبه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض. إذ يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدّي

[1] انظر المواد 54، 59، 73، 93، 97 ق.م.ج، والمواد 154، 164، 197، 198، 199 من القانون رقم 85 - 05 المتعلق بحامية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[2] طبقا لما نصت عليه المادتين 09 و42 من مدونة أخلاقيات الطب.

[3] انظر المواد 42، 44، 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، المقابلة للمواد 36 و42 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، والمواد 27/ و 3/28 من قانون الآداب الطبية اللبناني، والمادة 02 من الدستور الطبي الأردني، والمادة 19 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي.

على المريض لموافقة المريض موافقة حرّة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون.[1]

غير أنه في حالات الاستعجال القصوى أو حالات إسعاف الطبيب لناقص الأهلية أو فاقدها، يجد الطبيب فيها نفسه في حالة استثنائية متى تعذر حضور ممثل عن المريض، مضطرا لتقديم العلاج وفقا لما تمليه عليه أخلاقيات مهنته تحت مسؤوليته الخاصة. حيث انتفت إرادة كل من المريض أو ممثله. وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 2/154 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

ثانيا: أهلية المتعاقدين: كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية و لم يُحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. فيكون بذلك أهلا للتعاقد ما لم تُسلب أهليته أو يحد منه بحكم القانون.[2]

وهكذا إذا كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدها، فإن القانون يحميه بحلول وليه أو الوصي عنه ضمن الشروط التي يقررها القانون طبقا للمادتين 44 و73 من القانون المدني والمواد 44 و52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.[3]

وقد شدّد قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي على ذلك بقوله: " يجب على كل مُؤَمن بالغ سن 16 سنة فما فوق، أن يدلي باسم الطبيب المعالج الذي اختاره بموجب الاتفاق معه لدى الجهاز المسير لنظام التأمين على المرض ".[4]

أما بالنسبة للطبيب فيشترط أن تتوافر فيه جميع الشروط القانونية لممارسة مهنة الطب المنصوص عليها في المواد 197، 198 و199 من قانون 85 - 05، وإلا كان عمله باطلا طبقا لنص المادة 214 من نفس القانون، ويتعرض بالتالي عقده للبطلان طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني.[5]

[1] انظر: بن صغير مراد: مشكلات المسؤولية الطبية الناجمة عن التلقيح الاصطناعي وأثره على الرابطة الأسرية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد الخامس عشر، مارس 2010، الجزائر، ص 23.
[2] طبقا لما نصت عليه المادتين 40 و78 من ق.م.ج.
[3] تنص المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب: " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ".
[4] L'article 162/2, 4 du la loi du 13/08/2004, relative à l'assurance sociale.
[5] راجع ما ذكرناه بشأن أهلية الطبيب وشروط ممارسته لمهنة الطب الصفحة 63 وما بعدها.

الفقرة الثانية:

L'objet المحل

لكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون محله مشروعا. والعقد الطبي فحواه يتناول جسم الإنسان، ومن تم فإن الهدف من هذا العقد يجب ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا طبقا للمادة 96 من القانون المدني [1] ، حتى وإن رضي به المريض. فمحل العقد الطبي يظل باطلا بطلانا مطلقا طبقا للقانون بغض النظر عن إرادة الأطراف أو أهدافهم، بمعنى أن إرادة الأطراف في المحل ليست محل اعتبار.

لذلك يجب أن يكون المحل مبررا، ويأذن به القانون طبقا للمادة 1/39 من قانون العقوبات كالعمليات الجراحية والتطعيم والتحاليل...إذا استعملت هذه الأعمال فـــــي إطار النشاط المهني الطبي .

الفقرة الثالثة:

La cause السبب

نصت على ركنية ومشروعية السبب المادة 97 من القانون المدني : " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا ".

ويجب أن يمتد سبب العقد طيلة فترة تنفيذه، وعليه يعتبر السبب المذكور في العلاقة الطبية بين المريض والطبيب هو السبب المشروع، وعلى من يدعي غير ذلك أن يثبت العكس. فالعملية الجراحية تعتبر ذات سبب مشروع ما دام أنها تأخذ مشروعية سببها من الالتزام المنصوص عليه في قوانين الطب والصحة. بغض النظر عن الجراحة التجميلية ومدى مشروعيتها من عدمها كما سنبينه لاحقا بشأن الخطأ في الجراحة التجميلية في الفصل الأول من الباب الثاني.

[1] تنص المادة 96 ق.م.ج:" إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ".

البند الثالث:

أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج

كلما انعدمت الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الذي لحقه ضرر، أو وجدت بينهما مثل هذه الرابطة غير أن الضرر كان نتيجة الإخلال بالتزام غير ناشئ عن العقد [1]، كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية.

وعليه تعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية متى كان الخطأ الذي نُسب إليه لا يَمتُ بصلة إلى الرابطة العقدية، كما هو الشأن عند تحرير شهادات طبية على سبيل المجاملة، أو مخالفة للواقع [2]. ومثاله كذلك عدم التنبه إلى بعض الأخطاء المطبعية المتعلقة بمقادير جرعات الدواء مما يؤدي إلى وفاة المريض.

البند الرابع:

أن يكون المتضرر المجني عليه هو المريض ذاته

بمعنى أنه إذا كان المتضرر من الغير كما لو تعرّض المساعد أو الممرض للجرح من قبل الطبيب أثناء إجراء هذا الأخير لعملية جراحية، فإن المسؤولية هنا لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية. إلا إذا كان هناك عقد خاص، ولكنه على كل حال غير عقد العلاج الذي يربط الطبيب بالمريض.

البند الخامس:

أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

يجدر بنا أن نفرق بصدد هذا الشرط بين فرضين:

---

[1] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 381.
[2] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 81.

الفقرة الأولى: الفرض الأول : إذا كان المريض أو من يَنوب عنه قانونا هو الذي اختار الطبيب، فإذا أقام الدعوى على الطبيب، فإنه يستند في إقامتها على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

غير أنه إذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب، فالوضع لا يخلو من أحد الأمرين:

الأمر الأول: أن ترفع دعوى التعويض من قبل الورثة: لاشك هنا أن قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق، ذلك لأن الورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه. لذلك فإن دعواهم تجاه الطبيب تكون عقدية مادامت تستند إلى تقصيره في تنفيذ التزامه العقدي الذي أجراه مع مورثهم، وأثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف إلى الخلف العام والخاص.[1]

الأمر الثاني: أن ترفع دعوى التعويض من غير ورثة المريض، كأن يكونوا أقارب له أو حتى أجانب عنه، فإنه يحق لهم الرجوع على الطبيب المتعاقد الذي أخل بالتزامه العقدي. وأدّى ذلك إلى وفاة قريبهم كالكفيل أو المقدم للمطالبة بتعويض الأضرار المادية بفقد عائلهم ، أو الأضرار المعنوية التي حلّت بهم شخصيا من حزن وألم وأسّى بسبب فقدانه، وذلك على أساس المسؤولية التقصيرية.[2]

الفقرة الثانية: الفرض الثاني: إذا كان الذي أبرم العقد مع الطبيب ليس المريض ولا من يمثله قانونا أو اتفاقا ، كالعقد الذي يبرمه زوج لزوجته، أو رب عمل لعماله أو شخص قريب للمريض. وفي هذا الإطار وجب التفريق بين ثلاثة حالات:

الأولى: أن يتعاقد مع الطبيب باسمه مشترطا حقا مباشرا للمريض، فهنا تطبق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير.[3]

الثانية: وتتمثل في قيام شخص بالتعاقد مع الطبيب باسم المريض ولمصلحته، فتطبق حينئذ أحكام الفضالة، حيث إذا أجاز المريض ما قام به الفضولي سرت أحكام الفضالة في حقه، وهكذا

[1] طبقا لما نصت عليه المادتين 108 و109 من ق.م.ج، المقابلة للمادتين 145 و146 من ق.م.م، والمادتين 206 و207 من ق.م.أردني، والمادة 222 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
[2] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 72.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 82.
[3] طبقا لما نصت عليه المادة 116 من ق.م.ج.

فالعلاقة بين الطبيب والمريض تعاقدية، وفقا لما نصت عليه المادة 150 وما بعدها من القانون المدني.

الثالثة: أن يتعاقد شخص مع الطبيب باسمه من أجل مصلحة شخصية له، دون أن يقصد ترتيب حق مباشر للمريض من العقد الذي أبرمه مع الطبيب، فله في هذه الحالة الحق في استعمال الدعوى العقدية. أما المريض فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، ولا يكون له إلا استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية.[1]

هذه في الجملة الشروط القانونية لاعتبار مسؤولية الطبيب تعاقدية، نتيجة لإخلال بالعقد الطبي، وهكذا يقتضي منا المقام بناء على ما تقدم توضيح أهم الخصائص المميزة للعقد الطبي.

الفرع الثاني:
خصائص العقد الطبي

العقد الطبي كغيره من العقود المدنية الأخرى يشترك في ميزات، وينفرد بخصائص أخرى تميزه، ولعل تعريفنا للعقد الطبي وبيان شروط قيام المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال به، يوضح لنا بشكل جلّي أهمّ الخصائص المميزة له، ومنها:

البند الأول:
العقد الطبي عقد إنساني[2] قائم بذاته

ينفرد العقد الطبي بهذه الخاصية، إذ يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته والحرص على حفظها وصيانتها. بدون تمييز من حيث الجنس أو السن أو العرق أو الدين أو الجنسية أو الوضع الاجتماعي أو السياسي أو غيره.

[1] طلال عجاج: المرجع السابق، ص 73.
[2] تنص المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز... ".

ولعل استخدام المشرع مصطلح رسالة الطبيب في نص المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب، فيه تماشيا مع المقصد النبيل لهذه المهنة [1]. ذلك أن الرسالة موضوعها مهمّة معينة تتصل بشكل ملازم مع غايات نبيلة، تجتمع فيها خاصيتي البعد الإنساني لهذه المهمة، والمصلحة العامة التي تنطوي عليها.

البند الثاني:
العقد الطبي عقد مدني مستمر

يعتبر العقد الطبي من العقود المدنية المستمرة، على اعتبار أن مهنة الطب من الناحية العملية مهنة حرة، بعيدة عن أي نشاط تجاري [2]، كما أن العقد الطبي في حدّ ذاته يتطلب توافر أركان العقد المعروفة في القانون المدني.

من جهة أخرى يتميّز العقد الطبي بالاستمرارية والتتابع [3]، بحيث لا يتوقف على إجراء أو تدخل طبي واحد، وإنما لابدّ من عدّة خطوات ابتداء من الفحص ثم التشخيص فالعلاج الذي قد يستغرق وقتا طويلا. بل ربما قد يتطلب الأمر قبل ذاك القيام بتحاليل طبية، وتدخلات جراحية لاحقة... وهكذا.

فالطبيب عليه أن يبذل جهوده الصادقة وعنايته اللازمة من أجل تقديم علاج فعّال، يساهم إن أمكن في شفاء المريض طيلة فترة العلاج.

البند الثالث:

[1] حرصت الإعلانات والمؤتمرات الدولية على الطابع الإنساني الخدماتي لمهنة الطب، انظر في ذلك: إعلان هلسنكي - فنلندا لسنة 1954 الذي اعتمدته الجمعية العامة للرابطة الطبية العالمية، وأعادت النظر فيه وتعديله في الدورة الخامسة والثلاثين، التي عقدت في فينا في شهر أكتوبر 1983.
Voir : The use of essential drugs - report of the who expert committee, Geneva, W.H.O, 2000 (Technical report series, n° 895).

[2] Dr. Pierre Peton : Le contrat médical, Chronique de jurisprudence, médecine et droit, Paris, 1999, p 01.

[3] M. M. Hannouz et A. R. Hakem : op. cit, p 35.
Jérôme Monet: La responsabilité unilatérale d'un contrat d'exercice libéral, samedi 21 aout 2004. http://www.droit- medical.net. mise à jour le : 22/08/2006.

العقد الطبي عقد معاوضة

معنى ذلك أنه عقد تبادلي synallagmatique [1] يرتب التزامات في ذمة الطرفين حسب طبيعة العقد. يقول الدكتور Louis Mélennec: " المريض يدفع مقابل العلاج المقدم له أجرا، والطبيب يبذل وقته وجهده الفكري " [2]. هذا ما يجعله يمتاز بخاصية أخرى هي الإلزامية لكلا المتعاقدين.

البند الرابع:

العقد الطبي ملزم لجانبين

فالطبيب يلتزم بتقديم العلاج اللازم بإتقان وتفان إلى المريض طبقا لما نصت عليه المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب، كما يلتزم بتقديم النُصح والمشورة بكل صدق وأمانة للمريض وكذا ضمان رعايته وحفظ أسراره وكرامته [3]. وهذا ما قضت به المواد من 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات الطب والمادة 206 من قانون حماية الصحة وترقيتها والمادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

أما بالنسبة لالتزامات المريض، فيقع على عاتقه التزام بدفع مقابل أتعاب الطبيب. ذلك أن مهنة الطب باعتبارها من مهن الشرف، لم يكن يتقاضى عليها في القديم أجورا. بل وحتى لما اضطر ممارسوها لاقتضاء مقابل لخدماتهم، لم يجرؤ فقهاء القانون الفرنسي على تسميتها بالأجور، وأطلقوا عليها مسمى الأتعاب honoraires، المشتق في اللغة الفرنسية من الشرف honneur.[4]

---

[1] Oussoukine Abdelhafid : Traité de doit médical, publication du laboratoire de recherche sur le droit et les nouvelles technologies, Oran, 2003, p 108.

[2] Gérard. Mémeteau et Louis Mélennec : Le contrat médical - La responsabilité civile du médecin, Tome 2 de série "traité de droit médical" , Louis Mélennec maloine S.A Editeur, Paris, 1982, p 15.

[3] إبراهيم الصياد: حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة (شعبان 1401هـ/1981م)، الكويت، ص 27.

[4] عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 129.

كما يلتزم المريض كذلك بإتباع نصائح وتوجيهات وإرشادات الطبيب، والتعامل بصدق معه وعدم الكذب عليه أثناء فترة العلاج.

لاشك أن بيان خصائص العقد الطبي يدفعنا بشغف للتساؤل عن طبيعة هذا العقد وتكييفه القانوني، والبحث في إجابة عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث:
التكييف القانوني للعقد الطبي

انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وبقي الخلاف قائما بشأن تكييف هذا العقد. هل هو عقد وكالة أم عقد إيجار أشخاص (عقد عمل)، أم عقد مقاولة، أم هو عقد من نوع خاص ينفرد عن التصنيفات السابقة ؟. للإجابة عن هذا التساؤل سنتناول بالدراسة موقع العقد الطبي في ظل هذه الأنواع من العقود، من خلال البنود التالية.

البند الأول:
العقد الطبي عقد وكالة

بنى أصحاب هذا التوجه رأيهم على اعتبار تاريخي يرجع إلى القانون الروماني، حيث كان المجتمع يميز بين ثلاثة طبقات اجتماعية هي: طبقة المواطنين الرومان الذين كانت لهم رئاسة الجيش، الوظائف العامة والمهن الفكرية، وطبقتي العبيد والعتقاء، حيث يقتسمون الأعمال اليدوية على أساس أنها تقوم بالمال.

وهكذا لما كانت المهن الحرة الشريفة أو النبيلة لا تخضع للتقويم بالنقود. وغالبا ما يقوم بها النبلاء نظرا لما لها من قيمة أدبية كالطب والمحاماة. فقد كانت تقدم مجانا دون أي مقابل، وهذا ما أدّى إلى عدم انتظام مهنة الطب في إطار عقد الإيجار الذي لا يظهر إلا في الأعمال اليدوية. وعلى هذا كان عقد الوكالة أكثر ملائمة مع التكييف القانوني لعقد العلاج الطبي [1]، على اعتبار أن أهل

[1] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 97، 98.

الطبقات العليا لا يصّح أن يؤجروا خدماهم، وكانت النتيجة أن حُرم الطبيب والمحامي من حق المطالبة بالأتعاب لأن الوكالة عقد تبرع كأصل عام.[1]

وعلى هذا الأساس اعتبر الفقيه الفرنسي بوتييه Pothier أن العقد بين الطبيب والمريض هو عقد وكالة، وما الأجور التي يقدمها المريض إلا من باب الهبة بمقابل.[2]

ولاشك أن هذا التوجه يبدو غير موفق، لذلك كان محل عدة انتقادات، لأنه جعل الوكالة مبنية على تفاوت المهن ليس له ما يبرره. كما أن القانون من جهته لا يُقرّ بوجود تفاوت ودرجات للعقود، ولا يمكن اعتبار الوكالة أرفع من أي عقد آخر.[3]

كما أن اعتبار العقد الطبي عقد وكالة لا يتفق وطبيعة الوكالة التي تقوم على التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب موكله، والعلاج لا يوجد فيه تصرف قانوني. ذلك أن عقد الوكالة ينصرف إلى الغير ويقوم على فكرة النيابة في التصرفات القانونية، ولا يوجد بالتالي أي شيء من هذا.[4]

إضافة إلى أن الطبيب ليس وكيلا، ذلك أن هذا الأخير عليه التزام يؤديه لحساب الموكل كما يخضع لرقابته. في حين أن الطبيب ليس عليه أي رقيب في الأصل إلا ضميره وأخلاقيات مهنته المقننة لاحقا بنصوص قانونية.

زِد على ذلك أن الأصل في الوكالة التبرع، كما أشرنا إلى ذلك، بمعنى أن الوكيل يؤدي عمله بدون مقابل وعلى وجه التبرع. خلافا للعقد الطبي، حيث الأصل فيه أنه عقد معاوضة.

فنخلص مما تقدم أن عقد العلاج الطبي لا يمكن اعتباره بأي وجه عقد وكالة.

البند الثاني:
العقد الطبي عقد إيجار أشخاص (عقد عمل)

يرى هذا الاتجاه أن العلاقة بين الطبيب والمريض الذي يختاره، علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص contrat de louage de services، أو عقد العمل بحسب تعبير بعضهم. يلتزم

[1] طبقا لما نصت عليه المادة 581 ق.م.ج.

[2] Pothier : Traité du contrat de mandat, Tome VI, France, p 96.

أشار إليه: عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص 243.

[3] محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي - دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص 52، 53.

[4] J. M. Auby : Commentaire de la loi n° 90 - 521 du 27 juin 1990 relative à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux, J.C.P. 1990 - I, p 3463.

بمقتضى هذا العقد المريض بدفع أتعاب الطبيب، مقابل التزام هذا الأخير بعلاج المريض. فيكون تبعا لذلك المريض بمثابة رب العمل، والطبيب عاملا لديه.[1]

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الطبيب يخضع لإشراف عميله ولو كان هذا الإشراف من الناحية الإدارية فقط، وبقاء الطبيب مستقلا في عمله من الناحية الفنية. كما لو كان الطبيب يعمل في مستشفى أو كان يعمل طبيب خاص لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين. فالعقد القائم معه هو عقد عمل. ذلك أن ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود، أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل لخدمة الطرف الآخر، كما يخضع لإشرافه وإدارته.[2]

ونشير إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية من جهتهم يرون في عقد العلاج بأنه عقد إجارة، يتناولونه في مؤلفاتهم ضمن كتاب الإيجارا ت[3]. وفي هذا المقام يقول الإمام ابن قدامة المقدسي: "ويجوز الاستئجار على الختان، والمداواة، وقطع السلعة. لا نعلم فيه خلافا، ولأنه فِعل يُحتاج إليه، مأذون فيه شرعا، فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة ".[4]

غير أن هذا التكييف للعقد الطبي كان محل انتقاد من بعض شُراح القانون، على أساس أنه يمكن التمييز بين عقد العلاج وعقد العمل من عدة نواحي.إذ أن عقد العلاج يقوم على استقلال الطبيب في مواجهة المريض، ومن ثم فلا يمكن أن يكون الطبيب تابعا للمريض. بحيث يتلقى منه الأوامر والتعليمات. كما أنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، إذ أن هناك اعتبارات تدفع المريض لارتباطه مع طبيب معين دون غيره لمعالجته. في حين أن عقد العمل يتميز بخاصية أساسية تتمثل في وجود رابطة تبعية بين العامل ورب العمل، حيث يخضع العامل لإدارة وإشراف رب العمل.

ومن هنا فلا يوجد عقد عمل دون وجود التبعية القانونية من جانب العامل لرب العمل، كما لا يوجد عقد علاج دون وجود استقلال كامل للطبيب في مواجهة المريض.[5]

---

[1] J. Mazen : Essai sur la responsabilité civile des médecins, Thèse Grenoble, France, 1934, p 114.
ذكره: عبد الراضي محمد هاشم عبد الله: المرجع السابق، ص 60.

[2] انظر في ذلك: المادة 07 من القانون رقم 90 - 11 المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر رقم 17، الصادرة بتاريخ 1990/04/25، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 91 - 29 المؤرخ في 1991/12/21، ج.ر رقم 68، الصادرة بتاريخ 1991/12/25.

[3] أحمد بن محمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص 327.
شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، الجزء الرابع، مطبعة مصطفى محمد، مصر، 1373هـ، ص 81.

[4] موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي: المرجع السابق، ص 117.

[5] قرب هذا المعنى: عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظري والتطبيق، المرجع السابق، ص 108.

البند الثالث:

العقد الطبي عقد مقاولة

ذهب جانب من الفقه [1] إلى القول بأن العقد المبرم بين الطبيب والمريض هو عقد مقاولة. [2] يتعهد بمقتضاه الطبيب بأن يقدم علاجا مقابل أجر يتعهد به المريض.

غير أن هذا التوجه ترتبت عنه بعض النتائج التي تتعارض مع أحكام عقد المقاولة أو عقد الاستصناع، مما جعل هذا الرأي محل انتقاد من عدّة أوجه أهمها:

- أن طبيعة التزام الطبيب إنما هي التزام ببذل عناية معينة في العلاج، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، إذ أن الطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفائه [3]. في حين أن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، كبناء مترل أو إصلاح آلة أو حفر بئر.

- أن الطبيب ملزم بمعالجة المريض بنفسه، لما للاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد العلاج، لذلك ليس له أن يعهد بهذا العمل إلى غيره من الأطباء - إلا في أحوال معينة - أما المقاول فيستطيع أن ينفذ العمل برمته أو في جزء منه بواسطة مقاول آخر من الباطن، ما لم تمنعه شروط العقد.[4]

- أن العقد الطبي ما دام يراعي فيه الاعتبار الشخصي على نحو ما تقدم، فإن وفاة الطبيب أو المريض تؤدي إلى انقضاء العقد الطبي، في حين أن عقد المقاولة لا ينتهي بوفاة المقاول - إلا في حالات استثنائية ضمن شروط معينة [5]، إذ يستطيع ورثته الاستمرار في العمل ملتزمين في ذلك بتحقيق النتيجة التي تعهد بها مورثهم.

---

[1] يعتبر الفقيه السنهوري من أشد المتحمسين لاعتبار العقد الطبي عقد مقاولة، حيث يقول: " فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاولة في الغالب، إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم. والعلاج عمل مادي، ولا تنتفي ماديته أن يكون عملا عقليا، فهو إذا ليس بتصرف قانوني، ومن تم تتوافر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق ".
انظر كتابه: الوسيط، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 16، 17، 18.

[2] عرفت المادة 549 ق.م.ج المقاولة بأنها: " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر ".
وقد ساند هذا التوجه كل من: محمد السعيد رشدي: عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 73. محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 45. محمد بشير شريم: المرجع السابق، ص 114، 115. محمد فهر شقفة: المسؤولية المترتبة على عمل الطبيب، المرجع السابق، ص 77.

[3] Savatier René : La responsabilité médicale, Paris, 1948, p 212.

[4] طبقا لما نصت عليه المادة 564 ق.م.ج، تقابلها المادة 661 ق.م.مصري، والمادة 798 ق.م. أردني.
Voir : Savatier Jean : La profession libérale - Etude juridique et pratique, Thèse, Poitier, Paris, 1947, p 214.

[5] طبقا لما نصت عليه المادتين 569 و570 ق.م.ج.

– أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض غير ملزم للطرفين، إذ يستطيع كلا منهما إنهاء العقد والتحلل منه في أي وقت. سواء من جانب المريض متى فقد ثقته في الطبيب أو أصبح لا يرغب في العلاج عنده، أو من جانب الطبيب [1] ما لم يكن المريض يواجه خطرا وشيكا. [2] في حين أن عقد المقاولة عقد لازم لا يستطيع أحد طرفيه التحلل من تنفيذه، وإلا كان مسؤولا بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي سببه نتيجة عدم تنفيذه.

كما أن المقاول في عقد المقاولة إنما يمارس نشاطا تجاريا[3]، يتم التعويض فيه على أساس ما فات المقاول من كسب، على خلاف العقد الطبي الذي يعتبر عمل الطبيب فيه مدنيا بالإجماع.

البند الرابع:

العقد الطبي عقد غير مسمى من نوع خاص

خلصنا مما سبق أن الآراء والتوجهات السالف ذكرها، لم تصل إلى التكييف الصحيح لعقد العلاج الطبي، لما تعرضت له من انتقادات مبررة. الأمر الذي أدّى إلى ترجيح فكرة القول بأن العقد الطبي إنما هو عقد غير مسمّى ذو طبيعة خاصة.[4]

فعقد العلاج الطبي يتميز بجملة من الخصائص التي أشرنا إليها سابقا، تجعل منه عقد متميزا له طابعه الخاص. ينفرد عن باقي العقود الأخرى وعن القواعد التي تحكمها.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التوجه، وقضت بأن الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده، لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع، بل هو عقد من نوع خاص.[5]

[1] تنص المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض ".
[2] طبقا لما نصت عليه المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب.
[3] طبقا لما نصت عليه المادة 02 من القانون التجاري الجزائري، التي حددت الأعمال التجارية بحسب الموضوع.
Voir : M.M. Hannouz et A.R. Hakem : op.cit, p 32.
[4] يكاد يكون هذا التوجه محل إجماع بين الفقهاء في الوقت الحالي، لما تشهده المنظومة الطبية والصحية عموما من تطور لافت. انظر في ذلك كل من: حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 99. عبد السلام التونجي: المرجع السابق، ص 253. رايس محمد: المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 432، 433. حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 101.
وانظر في الفقه الفرنسي:
R et J. Savatier, J. M. Auby et. H. Péquigont: Traité de droit médical, Paris, 1956, p 117.
Jean Penneau : La responsabilité médicale, op.cit, p 22, 23.
Louis Kornprobst : Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises, Ed Flammarion, France, 1957, p 156.
[5] Cass. civ : 13/07/1937, S. 1939. I. 217. cité par : Jean Penneau : op. cit, p 23.

نخلص من كل ما تقدم بشأن التكييف الصحيح لعقد العلاج الطبي، بأنه عقد قائم بذاته له طبيعته ومميزاته الخاصة، فهو عقد غير مسمى، يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين طرفيه وكذا من أصول وقواعد مهنة الطب، إضافة إلى النصوص المنظمة لمهنة الطب.

إن هذا التوجه الجديد في تكييف العقد الطبي وفقا للمستجدات العلمية والتطورات الهائلة في المجالين الطبي خاصة والاجتماعي عموما، يقتضي تنظيم هذا العقد بنصوص خاصة ضمن قانون مستقل يؤطّر علاقة الطبيب بالمريض والآثار المترتبة عنها. وذلك على نحو يحقق توازنا عادلا بين مصلحتي الطرفين، ويحفظ لمهنة الطب سمعتها وقدسيتها. لاسيما وأن الطب ما وُضع إلا لجلب مصالح السلامة وحفظ الصّحة، ودرء مفاسد المعاطب والأسقام.[1]

نخلص مما سبق بيانه أن المسؤولية الطبية التقليدية القائمة على الخطأ، قد قطعت أشواطا كبيرة، حيث انتقلت من كونها تقصيرية، إلى اعتبارها عقدية تستند إلى خطأ عقدي يرتكبه الطبيب. غير أن المراجعة المتأنّية والنظر السليم لمعالم المسؤولية الطبية، يوحي لنا بمسار جديد قد سلكته هذه الأخيرة، بعيدا عن التقسيم الثنائي التقليدي لها. مما يبرز لنا فكرة في غاية الأهمي ة مفادها استقلالية قواعد المسؤولية الطبية المهنية، والتي تتخذ من الخطأ المهني أساسا لها. وهو ما نتناوله في هذا المطلب الموالي.

المطلب الثالث:

الخطأ الطبي في إطار المسؤولية المهنية

إن مسؤولية الطبيب منذ ما يزيد عن قرن من الزمن، ما فتئت تتذبذب بين قطبين، أحدهما شخصي مبني على فكرة الخطأ، والآخر مادي مرجعه فكرة تحمل التبعة. على أن اتساع نطاق المسؤولية المادية – كما سنبينه لاحق من خلال المبحث الموالي – لم يحصل كما قد يُظن لأول وهلة على حساب الفكرة الشخصية القديمة، التي اتسع نطاقها هي الأخرى بما أصبح لنظرية التعسف في استعمال الحق من أهمية في التطبيق القانوني.

---

[1] عبد الله بن جار الله بن إبراهيم آل جار الله: بهجة الناظرين فيما يصلح الدنيا والدين، الطبعة الرابعة، مكتبة السوادي، جدة، 1410هـ/1990م، ص 394.

وعلى ذلك فالحقيقة الملموسة التي ستظل عنوانا لاتجاه المسؤولية هي أن صفحة جديدة افتتحت بظهور المسؤولية الفنية أو المهنية[1]. بمعنى أكثر وضوحا أن المسؤوليات المهنية هي التي دفعت بقواعد المسؤولية عموما في اتجاهات مختلفة بل ومتباينة.

إن هذا التصور والتوجه الحديث للمسؤولية الطبية على أساس اعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، بغض النظر عن طبيعتها التقصيرية أو العقدية، قد أرسى معالمه توجه فقهي – قضائي (فرع أول)، وكرسه جنوح تشريعي (فرع ثاني).

الفرع الأول:
التوجه الفقهي في إقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني

استقر الفقه والقضاء الحديث بعد جهد ومشقة على الاعتراف بوجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض، واستتبع الاعتراف بوجود العقد اعتبار التزامات الطبيب تجاه مريضه ناشئة عن العقد. بمعنى التزامات عقدية يؤدي الإخلال بها – متى ألحقت ضررا بالمريض – إلى قيام مسؤوليته التعاقدية.

ولاشك أن هذه النظرة – رغم دقتها من حيث التحليل النظري –، قد تعرضت في السنوات الأخيرة لانتقادات عديدة. ذلك أنها لا تعكس حقيقة المصدر الذي تنشأ عنه التزامات المهني، إذ أن هذه الأخيرة غالبا ما لا تنشأ عن العقد لأنها ببساطة تعد التزامات مهنية، تجد مصدرها الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقياتها من جهة. كما أن القواعد المنظمة للمسؤولية المهنية تناقض في بعض الأحيان قواعد المسؤولية العقدية، الأمر الذي جعل المسؤولية المهنية تتخطى حدود التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية.[2]

كما أن القول باعتبار العقد وحده هو مصدر التزامات الطبيب، يوجب الجزم بأن مسؤولية هذا الأخير هي دائما مسؤولية عقدية. غير أن الواقع خلاف ذلك، إذ أن الفقه عندما يريد أن

---

[1] حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 165.
[2] انظر في تفصيل ذلك: رايس محمد: المرجع السابق، ص 402 - 405.

يدلل على عدم وضوح الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية، ويرغب في ذكر استثناءات ترد على معيار التمييز بينهما، فإنه يذكر حالات للمسؤولية المهنية.[1]

وما من شك أن هذا ما يؤكد صعوبة إخضاع هذه المسؤولية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، وهو ما يظهر بجلاء من خلال الأوجه التالية:

– أن القضاء – ولاسيما الفرنسي – أمام هذه الصعوبة، فإنه يسلك في تكييفه للمسؤولية إحدى الطريقتين: إما يضفي على المسؤولية وصف العقدية، دون أن يجهد نفسه في التبرير فعلاً على وجود علاقة عقدية تربط المريض المضرور بالطبيب المسؤول. وهكذا تتكلف المحاكم الرابطة العقدية، فتقرر مسؤولية بنك الدم العقدية نتيجة الضرر الذي أصاب المريض بسبب تلقيه دما فاسدا أو ملوثا، رغم أنه لا توجد رابطة عقدية مباشرة تجمع بين المضرور و المسؤول (بنك الدم).[2]

أما الطريق الثاني فيرى القضاء في أحيان أخرى تقرير مسؤولية الطبيب دون أن يضفي على هذه المسؤولية تكييفا ما، بمعنى دون أن يقرر اعتبارها مسؤولية عقدية أو تقصيرية.[3]

إن هذا المسلك يكشف مرة أخرى مدى الصعوبات التي يصادفها القضاة في إخضاع المسؤولية المهنية للتقسيم الثنائي، مما يدفعهم إلى الاكتفاء بتقريرها دون السعي لإدخالها تحت أحد قسمي المسؤولية المدنية.

– أن الخطأ المهني يختلف عن كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيري ويوحّد بين فكرتيهما. فالخطأ العقدي وفقا لعبارة نص المادة 1/172 ق.م.ج المقابلة للمادة 1137 ق.م.ف والمادة 1/211 ق.م.م، يقدر بمعيار موضوعي يقاس بمسلك الرجل العادي. وهو نفس المعيار المتخذ

---

[1] Philippe le Tourneau : La responsabilité civile professionnelle, op.cit, p 402.
Geneviève Viney : La responsabilité : conditions dans le traité de droit civil - sous la direction de J. Ghestin, Ed. L.G.D.J, Paris, 1982, p 297.

[2] Cour d'appel de Paris : 28/11/1991. D. 1992. J. 58. note : Annick Dorsner - Dolivet : op.cit, p 172.
Trib. Gr. Ins. Nice: 27/07/1992. D. 1993. n° 3. J. 38 et 39. note : Dominique Vidal.
أشار إليه: وائل محمود أبو الفتوح العزيزي: المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم- دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 1427هـ/2006م، ص 499.
Cass. civ : 12/04/1995, Gaz.pal 1995, Paris, p 35.

[3] قرار المحكمة العليا: 1995/12/26، ملف رقم 128892، قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، م.ق، العدد الثاني، 1996، ص 183.
قرار مجلس الدولة: 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 389.

أيضا لتقدير الخطأ التقصيري، حيث يقاس سلوك محدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وحذرا.[1]

غير أن الاحتكام إلى سلوك الرجل العادي، لا يكفي معيارا للخطأ المهني، إذ لا ريب أن جمهور المرضى ينتظرون من الطبيب أكثر مما ينتظرونه من غيره من الأشخاص العاديين حتى ولو كان أكثر الناس حرصا وتبصرا [2]. ذلك أن الطبيب إنما هو متخصص في علاج الأمراض، له من الإعداد والإمكانات العلمية ما يؤهله لذلك، كما يملك الأدوات والتجهيزات الطبية التي تساعده على عمله. وفوق ذلك كله يتلقى مقابلا لأتعابه تبعا لخدمته النبيلة التي لا يقدر أحد غيره على تقديمها.

لذلك طبيعيا ألا يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنما بسلوك طبيب مهني مثله، بل أكثر من ذلك يقاس بسلوك طبيب يباشر نفس تخصصه بنفس مستواه.[3]

– أن القضاء في جميع الدول يسعى جاهدا لتأمين حماية أكبر للمرضى، وهو ما جعل قواعد المسؤولية الطبية في تطور مستمر بما يحقق ذلك – الأمر الذي يظهر جليا من خلال دراستنا هذه . وتماشيا مع هذا التوجه نجد المحاكم سعيًا منها لضمان تعويض كامل ومناسب عن الأضرار التي لحقت بالمريض، تضيف إلى جانب الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدين صراحة، التزامات أخرى لم تنصرف إليها إرادتهما، كالالتزام بضمان السلامة والذي تعتبره التزاما بتحقيق نتيجة.[4]

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بنك الدم على أساس إخلاله بالتزامه بضمان سلامة الدم من أي تلوث أو فيروس. كما قضت حديثا بمسؤولية الجراح عن الضرر الذي يصيب المريض بفعله أثناء العملية، ولو لم ينسب إليه خطأ.[5]

---

[1] مصطفى مرعي: المرجع السابق، ص 56. حسن عكوش: المرجع السابق، ص 70، 590.

[2] Mazeaud (Henri et Léon) et Tunc André : op. cit, p 735.

[3] André Tunc : Ebauche du droit des contrats professionnels - Etudes offertes à G. Ripert, Tome II, Ed L.G.D.J, Paris, 1950, p 140 - 143.

[4] Hadjira Dennouni : De l'étendue de l'obligation de sécurité en droit algérien, L'obligation de sécurité, presses universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 12.

[5] Cass. civ : 07/01/1997, J.C.P. 1997, IV, p 411.
Cour d'appel de Paris : 15/01/1999, J.C.P.G. 1999, II, p 10068.
Cité par : Christophe Radé : l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, L'obligation de sécurité, presses universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 120.

قد يتبادر إلى الذهن أن القول بهذا الالتزام يجد أساسه في نص المادة 107 ق.م.ج[1]، غير أن حقيقة الأمر أن الالتزام بضمان سلامة المريض، لا يجد أساسه في تحليل العقد وإنما في الوضع الاجتماعي للمتعاقدين.

وعلى هذا الأساس فإن إضافة هذا الالتزام إلى العقد يتم عن طريق تحميل العقد ما لا يحتمل، وإرغامه على احتواء ما لا يسعه.

وتأكيدا لهذا المعنى يذهب الأستاذ كاربونييه Carbonnier إلى القول بأن المسؤولية العقدية يجب النظر إليها باعتبارها أمرا محدودا، يتلخص في منح الدائن ما يعادل المصلحة النقدية التي كان ينتظرها من العقد. وعلى هذا فإقحام الأذرع المكسورة وجثث الموتى وغيرها من المآسي في مثل هذه المسؤولية، يعد أمرا مصطنعا.[2]

- أن العقد في حد ذاته ومنطق التعاقد يسمح بالقول بإمكانية التقييد أو حتى الحد من آثار المسؤولية العقدية عن طريق العقد نفسه. غير أن الفقه والقضاء يرفضان الاعتراف بأي شرط يلغي أو يقيد من المسؤولية المهنية للطبيب.[3]

هكذا يتضح لنا جليا من الأوجه السابقة أن مسؤولية الطبيب المهنية لا تخضع للقواعد التقليدية للمسؤولية العقدية أو التقصيرية، وإنما تتمتع بالاستقلال بالنسبة لنوعي المسؤولية المدنية. ذلك أن القوانين بحسب تعبير Georges Ripert لم توضع لكي تطبق على كل من يقطنون إقليم الدولة، ولكن لكي تطبق على مجموعات من الأفراد، يمكن تمييزهم عن طريق المهنة التي يباشرونها.[4]

وتؤكد الأستاذة Geneviève Viney هذا المعنى بأكثر توضيح حين تُقرر أنه من المستحيل أن يترك تحديد الالتزامات المهنية لمبدأ الحرية التعاقدية، ذلك أن هذه الالتزامات تتصل اتصالا وثيقا بالمصلحة العامة، بحيث يستحيل أن تفلت من سلطان النظام العام الذي لا يتوقف عن الاتساع.

---

[1] تنص المادة 107 ق.م.ج المقابلة للمادة 1135 ق.م.ف والمادة 148 ق.م.م على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام ".

[2] J. Carbonnier: Le droit civil - Les obligations-, Tome 4, 16eme Ed, P.U.F, Paris, p 453.

[3] جابر محجوب علي محجوب: قواعد أخلاقيات المهنة - مفهومها، أساس إلزامها ونطاقها - دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2001، ص 155.

[4] Georges Ripert: Etude d'un droit civil professionnel, Etudes offertes à H. Capitant, France, 1939, p 678.

ومن تم تبدو القواعد العامة في المسؤولية العقدية، التي وضعت أصلا لكفالة احترام الالتزامات الإرادية، غير كافية لضمان احترام تلك الالتزامات القانونية.[1]

الفرع الثاني:
التكريس التشريعي- القضائي للخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب المهنية

يعتبر المشرع في كثير من الأحيان الإخلال بالواجبات التي تنص عليها قواعد أخلاقيات المهنة، خطأ يقيم المسؤولية المدنية للمهني المخاطب بها.

من ذلك ما ورد في نص المادة 76 من القانون رقم 91 - 04 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المعدل والمتمم[2]، وكذا المادة 93 من القرار الوزاري المتعلق بالنظام الداخلي لمهنة المحاماة، والتي نصت صراحة على مسؤولية المحامي المهنية بسبب الإهمال والأفعال التي قد يرتكبها عند ممارسة مهامه.[3]

أما بشأن مسؤولية الطبيب، فإن كثيرا من التشريعات تقيم مسؤولية الطبيب نتيجة ارتكابه لخطأ مهني. إذ تحتكم في تقدير المسؤولية المدنية للطبيب إلى قواعد أخلاقيات المهنة، فتعتبر الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 239 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بصراحة على ذلك بقوله: " يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته ".

[1] Geneviève Viney: op. cit, p 296. "De façon générale d'ailleurs, il parait impossible de laisser sous l'empire de la liberté contractuelle la définition même des obligations professionnelles… "

[2] القانون رقم 91 - 04 المؤرخ في 22 جمادى الثانية 1411هـ/08 يناير 1991، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المعدل والمتمم.

[3] قرار وزير العدل المؤرخ في 09 ربيع الثاني 1416هـ/ 04 سبتمبر 1995 المتضمن الموافقة على النظام الداخلي لمهنة المحاماة، ج.ر رقم 48 لسنة 1996.

كما تضيف نفس المادة 239 بمقتضى المادة 08 من القانون رقم 90 - 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها، النص الصريح على تأسيس المسؤولية بشكل واضح على الخطأ المهني بقولها: " إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفى بتطبيق العقوبات التأديبية ".[1]

كما أن المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب تكرس بشكل واضح المسؤولية المهنية، حيث تنص على أن: " الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه ".

هكذا يتضح من خلال النصوص التشريعية الاعتراف الصريح بالمسؤوليات المدنية للطبيب القائمة على أساس الخطأ المهني، مما يسمح لنا باستخلاص أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لدراستنا قاطبة هذه وهما:

الأول: أن المسؤولية المدنية للطبيب رغم التطورات والتغيرات المختلفة، وتزعزع مكانة الخطأ، ومحاولات اقتلاعه كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية، إلا أن التشريعات الحديثة، ولاسيما منها التعديل الحديث للقانون المدني الجزائري في 20 يونيو 2005، وبقية النصوص التشريعية الفرعية - كما رأينا -، لازالت تقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ.

الثاني: الاتجاه نحو إرساء معالم لمسؤولية مهنية جديدة في المجال الطبي تقوم على أساس الإخلال بقواعد وأصول وأخلاقيات مهنة الطب بالدرجة الأولى، بغض النظر عن التقسيم التقليدي الثنائي للمسؤولية المدنية كونها عقدية أو تقصيرية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن كثير من التشريعات تسير في هذا الاتجاه، منها التشريع الفرنسي من خلال المادة 1142 - 1 من قانون الصحة العامة [2]، حيث تقيم مسؤولية محترفي الصحة ومنهم الأطباء وكذا المؤسسات والأقسام والهيئات التي يتم فيها القيام بالأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج على أساس الخطأ. حيث جاءت المادة بصيغة مطلقة لم تميز بين حالات وجود العقد بين الطبيب والمريض وحالات عدم وجدوده.

---

[1] القانون رقم 90 - 17 المؤرخ في 09 محرم 1411هـ/31يوليو 1990، المعدل والمتمم لقانون رقم 85 - 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 35 لسنة 1990.

[2] L'article 1142 - 1 de code de la santé publique, crée par la loi n° 2002 - 303 du 04 mars 2002.

كما أخذت غالبية التشريعات العربية المتعلقة بالصحة وأخلاقيات مهنة الطب بتأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ المهني، دون تمييز بينها إذا كانت عقدية أو تقصيرية. كالتشريع اللبناني في نص المادة 18[1] والتشريع الليبي في المادة 23[2]، والتشريع السعودي من خلال المادة 27[3] والتشريع الإماراتي في نص المادة 26.[4]

لاشك أن تماشي النهج التشريعي مع الاتجاه الفقهي – على وفق ما أشرنا إليه –، ما هو إلا تكريس وتأكيد في نفس الوقت على أن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية مهنية ذات طبيعة خاصة[5]. ذلك أن الطبيب ما هو إلا صاحب مهنة يتعهد ببذل العناية للمريض في سبيل معالجته وشفائه.

إن القضاء هو الآخر ما فتئ يحمل في كثير من أحكامه هذا التوجه، في إطار كسر الطوق الجامد المضروب على المسؤولية المدنية، ضمن وثيرة التطور والتغير، في إشارة واضحة لتجاوز التقسيم الثنائي التقليدي لمسؤولية الطبيب.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا اعتبرت فيه الطبيب الجراح مخطئا لإخلاله بالتزام مهني عام[6]، يتخطى نطاق العقد – بل ويوجد ولو في غيابه، وهو الالتزام بالحصول على رضاء المريض بالعملية قبل إجرائها. معنى هذا أن الالتزام بإعلام المريض والحصول على رضائه، يجد مصدره في ضرورات احترام الإرادة الإنسانية التي تعبر عنها قواعد أخلاقيات مهنة الطب في العديد من نصوصها.[7]

كما قضت في قرار آخر لها بمسؤولية مجموعة من الأطباء نتيجة استخدامهم أساليب الدعاية في ممارسة مهنتهم، مما يجعل هذا التصرف مخالفا لقواعد وأخلاقيات مهنة الطب، طبقا لما تقضي به المادتين 19 و57 من قانون أخلاقيات الطب، حيث يمثل صورا للدعاية الممنوعة والمنافسة غير

[1] القانون رقم 288 المؤرخ في 22 شباط 1994، المتعلق بالآداب الطبية، ج.ر رقم 09، في 03 آذار 1994.
[2] تنص المادة 23 صراحة على أنه: " تترتب المسؤولية الطبية عن كل خطأ مهني ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضررا للغير. ويعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة ".
القانون رقم 17 لسنة 1986 المؤرخ في 1986/11/24 المتعلق بالمسؤولية الطبية، ج.ر رقم 24، العدد 28، الموافق 1986/12/31، ص 958.
[3] المرسوم الملكي رقم (م/59) بتاريخ 1426/11/04هـ، المتضمن نظام مزاولة المهن الصحية.
[4] اللائحة التنفيذية للقانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، في شأن المسؤولية الطبية.
[5] فتون علي خير بك: مسؤولية الطبيب عن خطئه الطبي، بحث لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة دمشق، سوريا، 2001، ص 13.
فواز صالح: المرجع السابق، ص 140.
Voir aussi: D.P.B.B (dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies), feuillet 31, 1er février 2003, p 2155.
[6] Cass 1er civ : 27/10/1953. أشار إليه: رايس محمد: المرجع السابق، ص 405.
[7] انظر في ذلك: المواد 42، 44 من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 154 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

المشروعة. وهكذا تتجلى أخطاء مدنية في حق هؤلاء الأطباء تربطها علاقة سببية بالضرر المطلوب التعويض عنه.[1]

وتضيف محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها أن قضاة الموضوع قد أصابوا صحيح القانون عندما قرروا الاستقلال المهني الذي تتمتع به القابلة une sage femme في قيامها بمهام عملها، بمقتضى المادة 10 من تقنين أخلاقيات مهنة القابلات، يجعلها تتحمل شخصيا مسؤولية ما يصدر عنها من أخطاء – وذلك بمناسبة الأضرار التي لحقت بمولود أثناء عملية الولادة –، دون أن يكون بإمكانها التحصين وراء علاقة العمل التي تربطها بإدارة المستشفى للتخلص من المسؤولية وإلقاء تبعتها على هذه الأخيرة.[2]

يؤكد هذا القرار بدوره على مراعاة قواعد أخلاقيات المهنة في مجال المسؤولية المدنية، اذ اعتبر أن الاستقلال الفني الذي يتمتع به المهني وفقا لهذه القواعد، يرتب نتيجة مهمة، هي استبعاد قواعد المسؤولية عن فعل الغير، بحيث لا يجيب مهني عن أخطاء مهني آخر حتى ولو كانت تربط بينهما علاقة عمل تجعل أحدهما في حالة تبعية إدارية للآخر، إذ يبقى أن الاستقلال الفني للتابع يبرر مسؤوليته شخصيا عما يصدر عنه من أخطاء.[3]

وهكذا قضت محكمة النقض في قرار حديث آخر لها بتاريخ 18 مارس 1997[4]، بمسؤولية ثلاثة أطباء أشعة لمخالفتهم قواعد أخلاقيات مهنة الطب، بممارستهم لمهنتهم في عيادة أخرى غير عيادتهم، وهو ما يشكل مخالفة صريحة للمادة 85 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، توجب عليهم تعويض زملائهم الأطباء المتضررين.

أما بخصوص القضاء الوطني الجزائري، فرغم قلة الأحكام الصادرة عنه، إلا أنه لم يجد هو الآخر بدا من تقرير المسؤولية المهنية للأطباء نتيجة ارتكابهم لأخطاء مهنية. مما يوحي بأن القضاء الجزائري التزم إلى حدّ ما نصوص القانون وتطبيقها من جهة، محاولا بذلك تفادي ما أمكن تقرير الطابع التقصيري أو التعاقدي لمسؤولية الطبيب.

---

[1] Cass. civ: 04/11/1992, Gaz.pal. 1994. I. Juris, Paris, 1994, p 237.
[2] Cass. civ: 30/10/1995, Bull. civ. I, n°383, France, p 267.
[3] Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : La responsabilité civile dans la pratique chirurgicale, Thèse, Université Dijon - France, 1986, P 377 - 395.
[4] Cass 1re civ : 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829. note J. Penneau.

فقد قضت المحكمة العليا بمسؤولية طبيب أمراض النساء نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم يتمثل في عدم مراقبة الحالة الصحية للأم، مما أدّى إلى ولادة طفل مشوه بعينين مغلقتين. وتضيف المحكمة " ... وأن عدم المراقبة لهذا المرض خلال 21 يوما كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي، شكل خطأ مهنيا جسيما وفق المادة 239 من قانون الصحة ".[1]

كما قضت بعدم مسؤولية طبيبة اختصاصية في أمراض العيون، لأنها قامت بما يجب عليها من إعطاء تعليمات للطبيب المداوم بإدخال المريضة إلى المصلحة، ووضعها تحت المراقبة وبداية العلاج. وكون الطاعنة (الطبيبة) بحسب تعبير المحكمة العليا " لم ترتكب أي خطأ مهني، إذ أن المرسوم رقم 90/386 المؤرخ في 24 نوفمبر 1990 في مادته الرابعة ينص على مداومةٍ بالمنزل مع البقاء تحت تصرف المستشفى ".[2]

من جهته قضى مجلس الدولة بمسؤولية مستشفى عين تموشنت، حيث جاء في القرار: " وحيث أنه من الثابت قانونا أن المسؤولية تقوم على أساس الخطأ "، ويضيف القرار: " وحيث أنه لا يوجد بالملف أي دليل يثبت مسؤولية المستأنف (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ولا الخطأ المهني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ..."[3]. حيث قضى المجلس بمسؤولية المستشفى بسبب وفاة المريض الناتجة عن الضرب الشديد الذي أدّى إلى انفجار الطحال مما تسبب في نزيف داخلي أدّى إلى وفاته.

كما قضى مجلس الدولة كذلك في قرار حديث جدا له، بمسؤولية المستشفى على أساس الخطأ المهني. حيث ورد تأسيس المسؤولية المدنية في حيثيات القرار على أساس الخطأ المهني أكثر من خمس مرات[4]. مما يعني ربط المسؤولية بالخطأ المهني دون اعتبار ما إذا كانت تقصيرية أو عقدية، مادام الخطأ يشكل مخالفة لقواعد أخلاقيات مهنة الطب.

إن ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذا التحليل العلمي والتأصيل النقدي في دراسة تطور الخطأ كأساس للمسؤولية التقليدية، أن المسؤولية الطبية لم تعد تخضع للقواعد التقليدية للمسؤولية

---

[1] قرار المحكمة العليا: 2003/06/24، ملف رقم 297062، قضية (ز.ف) ضد (النيابة العامة)، م.ق، العدد 02، 2003، ص 338.
[2] قرار المحكمة العليا: 1995/12/26، ملف رقم 128892، قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، م.ق، العدد 02، 1996، ص 183.
[3] قرار مجلس الدولة: 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 389.
[4] قرار مجلس الدولة: 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م.م ومن معه)، ن. ق، العدد 63، 2008، ص 409 - 413.

المدنية العقدية أو التقصيرية. ذلك أنها تتمتع بالاستقلالية بالنسبة لكلا نوعي المسؤولية المدنية، وهذا ما يظهر بجلاء من خلال تحليلنا السابق للنصوص القانونية ذات الصلة بالمجال الطبي، وكذا الأحكام القضائية الصادرة، بل وحتى الآراء الفقهية، التي ترى في مجملها أن المسؤولية المدنية للطبيب إنما تؤسس على ارتكاب خطأ مهني محقق ثابت في جانب الطبيب.

ضف إلى ذلك في الأخير، أنه خير دليل على أن التزامات الطبيب تجاه المريض لا تنشأ عن العقد، أن هذه الالتزامات في حد ذاتها تثقل كاهل الطبيب تجاه كل مريض يحصل على علاجه، حتى وإن لم يربطه به أي عقد. مما يعني أن التزامات الطبيب لا تتغير سواء وجد العقد أم لا، إذ ليس هناك عاقل يقبل أن يكون مستوى العناية التي يقدمها الطبيب لجريح نقل إلى عيادته فاقد الوعي، أقل من تلك التي يقدمها لمريض قصد عيادته لتلقي العلاج [1]. كما أنه ليس ثمة من يقبل أن يلتزم الطبيب بالحفاظ على أسرار المرضى الذين يترددون على عيادته أو الذين يعالجهم في مستشفى خاص، في حين يمكن أن يتحلل من هذا الالتزام تجاه المرضى الذين يعالجهم في المستشفى العام لدّى قيامه بعمله كموظف في هذا المستشفى.

لاشك أن مكانة الخطأ في إطار قواعد المسؤولية المدنية الطبية، ما لبثت بين الفينة والأخر تتعرض لمضايقات في محاولات لزعزعة ركن الخطأ والنيل منه. مما جعله – أي الخطأ – عرضة لكثير الهزات والصدمات المتمثلة في الانتقادات اللاذعة بقصوره وعدم كفايته – بل وعدم صلاحيته كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب، ولعل من آخر فصول هذه الحملة الشرسة على الخطأ، ما نادت به وحملته في كنفها ما يسمّى بالنظرية الموضوعية. فما مكانة الخطأ في نطاق هذه المسؤولية ؟ وهل من تأثير لها على وجوده وسمعته ؟ هذا ما نحاول بحثه والإجابة عنه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني:
مكانة الخطأ في إطار المسؤولية الموضوعية

[1] Voir dans ce sens : Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : op. cit, p 250 ets.
Geneviève Viney : op.cit , p 294.
Louis Mélennec et J. Sicard: La responsabilité civile du médecin, éd. Park - Davis, France, 1978, p 55.

يعرف البناء الأساسي للمسؤولية المدنية منذ أمد غير قريب جدلا فقهيا واسعا، لاسيما فيما يتعلق بركنه الأساسي المتمثل في الخطأ. إذ لا جدال أن الطبيعة الشخصية للمسؤولية المدنية قد باتت الآن متنازعا فيها بسبب التطورات العلمية والاجتماعية الحديثة، مما جعل المسؤولية المدنية في أزمة حقيقية [1]، تجلّت بظهور التأمين، وتجسدت أكثر من خلال إنشاء وتطور هيئات الضمان الاجتماعي التي تتولى تأسيس مختلف أقطاب المسؤولية المهنية.

فالواقع أن المسؤولية المدنية قد أصبحت في الدول الصناعية الحديثة مجرد مصدر ثانوي لتعويض ضحايا الحوادث الجسدية، ذلك أن التوسع في نظام تأمين المسؤولية قد غيّر كثيرا في مغزى المسؤولية المدنية[2]. فعندما تتقرر مسؤولية شخص ما كقائد سيارة عن ضرر تسبب فيه للغير، فإن هذه المسؤولية تكون مجرد مسؤولية شكلية، إذ أن المسؤول لن يدفع شيئا، وإنما يقع هذا العبء على شركة التأمين، فيصبح هذا الشخص غير مسؤول عن نتائج خطئه إلا في نطاق ضيق جد، وهو دفع قسط التأمين.

وهكذا قد تغيرت المسؤولية المدنية، وأصبحت تنأى شيئا فشيئا عن الطبيعة الشخصية، وتدنو رويدا رويدا من الطبيعة الموضوعية.

فما هو مضمون هذه النظرية الموضوعية، وما هي أبعادها ؟ وما أثرها على مكانة الخطأ والمسؤولية الشخصية بصفة عامة ؟.

هذا ما سنحاول بحثه والإجابة عنه من خلال المطلبين التاليين اللذين خصصنا أولهما لمفهوم فكرة المسؤولية الموضوعية، في حين تناولنا في المطلب الثاني تأثير هذه المسؤولية على مكانة الخطأ.

المطلب الأول:

مفهوم المسؤولية الموضوعية

---

[1] للوقوف أكثر على الجوانب المتعددة لأزمة المسؤولية المدنية يراجع: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، المرجع السابق، ص 8 - 29، ص 50 - 77، ص 89 - 99.
سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، شركة كليك للنشر، الجزائر، 2008، ص 188.

[2] André Tunc : L'enfant et la balle - réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.P. 1966, I, 1983, France, p 06.

ترتّب على ازدياد حركة الصناعة والتصنيع، انتشار وتقدم في استعمال الآلات الميكانيكية من وسائل النقل والصناعة والأجهزة والمعدات الطبية، وما صاحب هذا التطور من كثرة الحوادث التي كثيرا ما ترجع إلى هذه الأجهزة والآلات ذاتها. دون أن يكون هناك ما يمكن نسبته إلى مستعملها، بل إنه حتى في الحالات التي يرجع فيها الحادث إلى الخطأ، كان من الصعب على المضرور إثباته. لذلك كان في كثير من الحالات يضيع حقه في التعويض لعدم قدرته على إثبات خطأ مستعمل الآلة.

إن هذا الوضع دفع بالفقه للبحث عن أساس تقوم عليه المسؤولية، يكون أخف وطأة من الخطأ الذي كثيرا ما يصعب إثباته، وهذا كله سعيا في تكريس حماية أكبر للمضرور، وتجنيبه تحمل أضرار وتبعات أخطاء آخرين لم يستطع إثباتها. فقواعد العدالة والمنطق تقضي أن كل مضرور يجب تعويضه عن الضرر الذي لحق به، بغض النظر عن سبب الضرر.

وهكذا برز ركن الضرر كأساس يحاول الفقه إقامة وتأسيس المسؤولية عليه، بدلا من ركن الخطأ. حيث نادوا بوجوب التعويض عن كل نشاط خطر يُفضي إلى إلحاق الضرر بالغير، حتى ولو لم يُصاحب ذلك النشاط أي خطأ من جانب المسؤول. بل ولو كان ذلك بخطأ من المصاب نفسه أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي.[1]

و لم تكن مسؤولية الطبيب في منأى عن هذه التطورات والتغيرات التي لحقت بقواعد المسؤولية المدنية عموما، إذ كان للفقه والقضاء دور لا يُنكر في إقرار كثير من الحالات والحوادث الطبية التي تقوم فيها مسؤولية الطبيب، ولو في غياب تام للخطأ، وذلك بمجرد حدوث الضرر كما سنبينه لاحقا.

ويقصد بالمسؤولية الموضوعية ثبوت مسؤولية الشخص بمجرد أن يصيب شخص ثاني الضرر، بغض النظر عن خطأ الأول من عدمه، مادامت صلته وعلاقته بالضرر قائمة.[2]

[1] وديع فرج: الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، محرم، صفر وربيع الأول 1364هـ/ يناير، فبراير ومارس 1945م، مصر، ص 122.
[2] حاولنا وضع هذا التعريف مسبقا للنظرية الموضوعية بصفة عامة من خلال استقرائنا وتحليلنا لمختلف تطبيقاتها ومضمون الأفكار التي تحملها، كما سيتضح من خلال مختلف صورها.

لا يماري أحد في أهمية هذا التوجه وما تحمله المسؤولية الموضوعية في كنفها من مقومات ووسائل تكريس حماية أكبر للمضرور، وقبل التطرق للعوامل التي ساهمت في ظهور هذه المسؤولية في الفرع الثاني، يجدر بنا التطرق لأهم التطورات والمحطات التي صاحبت المسؤولية الموضوعية من خلال مختلف النظريات التي ساهمت في إبرازها والنهوض بها قبل ذاك.

الفرع الأول:
تطور النظرية الموضوعية

كان لبروز الضرر كفكرة قانونية صيغت في إطار المسؤولية المدنية كركن من أركانها، تهافتت عليها النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية تارة باعتبارها مخرجا للمسؤولية من أزمتها المتعلقة بالخطأ الواجب الإثبات. وتارة أخرى باعتبارها عنوانا جديدا للمسؤولية المدنية الحديثة، حيث تعبر وبعمق عن أهدافها ودورها في المجتمعات المعاصرة. وتبعا لهذا المنحى سنتناول أهم المحطات أو النظريات التي أسست للمسؤولية الموضوعية، وواكبت تطورها. إذ يمكن تلخيصها في نظريتين أساسيتين هما: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة، ونظرية الضمان باعتبارهما حالتين للمسؤولية بدون خطأ وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي.

البند الأول:
نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة

نشأت نظرية تحمل تبعة المخاطر la théorie du risque في أواخر القرن التاسع عشر، بمناسبة كثرة حوادث العمل، وعدم كفاية قواعد المسؤولية التقليدية، التي تقوم على ركن الخطأ كأساس لها. استجابة لمقتضيات تعويض المضرورين من الحوادث الناشئة عن استخدام الآلات والمعدات. ذلك أن كثيرا من تلك الحوادث التي لحقت بالعمال المصابين، ظلت دون تعويض بسبب عجز العمال عن إثبات خطأ رب العمل في تهيئة ظروف العمل سواء من الناحية الأمنية أو اختيار الآلات أو تركيبها أو غير ذلك.

إن هذا الوضع السائد في ظل منظومة اجتماعية تعتبر الفرد جزءا أساسيا منها، بحيث أن أي تعد على سلامته الجسدية يعتبر تعديا على سلامة المجتمع، لم يكن ليستمر أكثر. لذلك كان رد فعل الفكر القانوني تجاه هذه التطورات قويا جدا، دفع ببعض الفقه إلى الثورة على قواعد المسؤولية التقليدية، والمطالبة بوجوب تغيير أساس هذه المسؤولية، واتخاذ فكرة تحمل التبعة أساسا للمسؤولية بوجه عام، بدلا من فكرة الخطأ العتيقة.[1]

وقد كان أول من نادى بفكرة تحمل التبعة بصورتها المطلقة، هو الفقيه الفرنسي لابيه Labbé، صاحب التعليقات المشهورة. والذي ظل حتى سنة 1890 متمسكا باعتبار الخطأ أساسا ضروريا للمسؤولية المدنية، قبل أن يعتنق منذ تلك السنة فكرة تحمل التبعة[2]. فقرر أن الأساس الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية المدنية هو أن من ينشئ بفعله مخاطر مستحدثة risques crées في المجتمع، يتعين عليه تحمل تبعتها. فكان بذلك أول من اتجه نظره إلى المادة 1/1384 من القانون المدني، حيث استنبط ورأى فيها تقريرا لهذا المبدأ الأساسي الذي قال به.

غير أن نظرية تحمل التبعة لم تعرف انتعاشا وقوة، إلا بفضل جهود الفقيهين الفرنسيين سالي Saleilles[3] وجوسران Josserand الذي أكد الطبيعة الموضوعية للمسؤولية، معتبرا إياها محررة من أي فكرة للخطأ.[4]

هكذا نشأت نظرية تحمل التبعة وتطورت، حتى استطاعت أن تضع لنفسها مكانة في منظومة المسؤولية المدنية لدى الفقه والقضاء الفرنسيين على حدّ سواء. فوضعت بذلك أسسا تقوم عليها، بل وتطورت في عدّة صور مختلفة متعاقبة.

الفقرة الأولى:
مضمون نظرية تحمل التبعة وأسسها

[1] لتفصيل أكثر بشأن تأسيس المسؤولية المدنية على ركن الخطأ يراجع: محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 423 وما بعدها.
[2] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 120.
[3] Saleilles Rymond : Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J, Paris, 1987.
[4] Josserand Louis : Cours de droit civil positif français, op.cit, p 305.
Voir aussi son livre : De la responsabilité du fait des choses inanimées, op.cit, p 104.

انطلقت هذه النظرية من الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية، التي تقوم على أساس الخطأ. باعتباره فكرة غامضة مستعصية عن التعريف والتحديد، فضلا على أنه فكرة أخلاقية عديمة الجدوى، ذلك أن غرض المسؤولية المدنية ليس عقاب المذنب، بل تحديد المسؤول الذي يتحمل عبئ الضرر.[1]

بناء على ذلك يمكن القول بأن الغرض الرئيسي لهذه النظرية كان شديد البساطة والوضوح، يتمثل في التعويض التلقائي للأضرار الناجمة عن الأشياء المستخدمة في الصناعة، قبل أن يمتد إلى كافة الأشياء، طبقا للتفسير الموضوعي لنص المادة **1384** من القانون المدني الفرنسي.[2]

فالأساس الذي تقوم عليه النظرية يستند إلى أن المسؤول عن الضرر، وهو يقوم بنشاط اقتصادي معين، عليه أن يعوض الغير الذي لحقه الضرر من هذا النشاط. إذ كما يغنم منه عليه أن يغرم عنه، ذلك أن هناك تبعة في كل الحالات التي يتكبّد فيها الفرد في النهاية نتائج الضرر، حتى وإن لم يرتكب أي خطأ [3]. حيث أن هذا الضرر ما هو إلا نتيجة لانتشار نشاطه، وهذا ما دعا الفقه الحديث إلى إحلال نظرية تحمل التبعة محل فكرة المسؤولية الخطئية. إذ أن الامتناع عن جبر الضرر بدعوى عدم إثبات الخطأ، يفوّت تحقيق العدالة التعويضية ويهدم المساواة بين مركز المواطنين.[4]

ويرى أنصار تحمل التبعة أن نظريتهم احتمالية تتجاوب مع مقتضيات المجتمع وظروفه الحالية، لاسيما في مجال المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن الآلات وغيرها من الأشياء.[5]

الفقرة الثانية:

تعدد صور نظرية تحمل التبعة

[1] Savatier René : Comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile ? Extrait du Recueil Dalloz Sirey, 1967, n° 05, p 04.
Teilliais Clémentine : La faute dans l'application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, Thèse, Nantes, 1989, p 123, 124.

[2] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132.

[3] انظر: محمد سليمان فلاح الرشيدي: رسالته السابقة، ص 192.

[4] ثروت أنيس الأسيوطي: مبادئ القانون، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 116.

[5] محمد نصر رفاعي: المرجع السابق، ص 425.

لما كان لنظرية تحمل التبعة من تهديد كمبدأ عام بحلولها محل نظرية الخطأ، باعتبار أن الأخذ بها من شأنه أن يجعل المرء مسؤولا عن النتائج لأي نشاط يقوم به. مما يشكل هو الآخر تهديدا مستمرا للأفراد يثنيهم عن العمل، ويجعلهم يؤثرون الامتناع عن كل نشاط نافع ابتغاء السلامة.[1]

وقد كان حقا لهذا التخوف أثره وصداه، مما جعل هذه النظرية تأخذ عدّة صور، بقصد التخفيف من حدّة تلك الآثار المحتملة على المسؤولية، ولعل من أهم تلك الصور ما يلي:

أولا: الصورة الكاملة لنظرية تحمل التبعة: La théorie du risque intégrale

أنكر أنصار هذا الرأي كل وجود للخطأ كأساس للمسؤولية، مؤكدا على وجوب تحمل كل شخص مخاطر أفعاله، مهما كانت خاطئة أم لا. إذ تتجه أنظار أصحاب هذه الصورة من صور نظرية تحمل التبعة إلى الواقعة ذاتها محدثة الضرر وادياتها، بعيدا عن التعمق في العنصر الشخصي والنفسي للخطأ[2]. حيث لم يَعد هذا الاتجاه يقصر نطاق تطبيق هذه الصورة على حوادث العمل، باعتباره المجال الأول لتطبيقها، بل نادوا بها كنظرية عامة تسري على جميع الأفعال والأنشطة التي تصدر عن الأفراد دون أي تفرقة بين ما هو فعل خاطئ أو غير خاطئ، ذلك أن المسؤولية بالنسبة لهم تتحقق بمجرد حدوث الضرر وتوافر العلاقة السببية بينه وبين فعل المدعى عليه. وهذا ما يفسر تسمية هذه الصورة بالنظرية العامة المطلقة أو نظرية المخاطر المتكاملة [3]. مما جعل هذه النظرية محل انتقاد، نظرا لغلوها في تعميم أحكامها، إذ بصورتها الواسعة والمطلقة هذه تؤدي دون شك إلى سيل من المسؤوليات، تطال الشخص الذي يتابع نشاطه. إذ تحمله العبئ لمجرد أن النشاط الذي يزاوله قد تدخل في إحداث الضرر، مما قد يشل هذا النشاط. حيث يعتبر صاحبه أن مواجهة بينه وبين المسؤولية ستظهر مع كل خطوة منه، من هنا كان الاتجاه نحو الصورة الضيقة أو المقيدة، والمتمثلة في فكرة الغرم بالغنم.

ثانيا: نظرية الغرم بالغنم: Risque - profit

[1] بشرى جندي: المرجع السابق، ص 531.
زهدي يكن: المرجع السابق، ص 252 - 253.
[2] محمد سامي الشوا: مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003/2002، ص 68.
وانظر لتفصيل أكثر: أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 122 - 186.
[3] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، الطبعة الثانية، د.م.ج، الجزائر، 1981، ص 390.
سمير دنون: الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 45 وما بعدها.

كان للتخوف من أن يؤدي تطبيق هذه النظرية بصورها المطلقة، إلى إحجام الأفراد عن كل نشاط نافع خشية المسؤولية تأثيرا واضحا. دفع ببعض فقهاء نظرية تحمل التبعة إلى التضييق من نطاق تطبيقها، ليس رأفة بالخطأ، وإنما تمهيدا لتأسيس نظريتهم على أسس سليمة وقواعد متينة. فظهرت بذلك نظرية المخاطر المقابلة للربح، والتي تقوم على وجوب تحمل الشخص تبعة النشاط الذي يصب في مصلحته [1]. ومن ثم يلزم بتعويض الضرر الناجم عنه، إذ أن قواعد العدالة تأبى أن يجني صاحب الشيء ثمراته ويستأثر بفائدته، بينما يتحمل غيره مخاطره والأضرار الناجمة عنه. فمن استأثر بنفع شيء تحمل تبعته فالغرم بالغنم.[2]

ثالثا: نظرية المخاطر المستحدثة: Risque crées

مقتضى هذه الصورة من نظرية تحمل التبعة، أن كل من استحدث سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء معينة خطرا للغير، يلتزم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير عند تحقق هذا الخطر. فمن يستعمل لمصلحته آلات خطرة يجب أن يتحمل نتيجة ذلك، دون حاجة إلى وقوع خطأ من جانبه.[3]

البند الثاني:

La théorie de garantie نظرية الضمان

---

[1] Josserand Louis : op.cit, p 103.
Starck Boris : op.cit, p 18.
Pierre Betteremieux: Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Thèse, Lille (France), 1991, p 92.
أشار إليها: محمود التلتي: رسالته السابقة، ص 160.

[2] عادل أحمد الطائي: المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 175.
وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 213، 214.
سعد سالم عبد الكريم العسبلي: التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، مصر، 2000، ص 95.
هذا وقد أوردت المادة 87 من مجلة الأحكام العدلية النص صراحة على هذا المبدأ بقولها: " الغرم بالغنم، يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره".
انظر: سليم رستم باز: المرجع السابق، ص 50.

[3] Josserand Louis : op.cit, p 104.
صلاح حسن برعي : المرجع السابق، ص 318.

تجاه النقد الذي تعرضت له فكرتا الخطأ وتحمل التبعة، وبالتالي فشل فكرة الجمع بينهما في نظرية واحدة. حاول الفقيه الفرنسي ستارك Starck أن يضع نظرية تسعى لكفالة التعويض للمضرورين، باعتبارها إحدى نظريات التكافل الاجتماعي.

وتقوم نظرية الضمان على أساس أن المجتمع يجب عليه ضمان سلامة أفراده في أجسادهم وأموالهم، ومن تم فإن أي ضرر يلحق بهم يوجب لهم الحق في التعويض الذي يقوم على فكرة الضمان.[1]

انطلاقا من هذا المفهوم، هاجم ستارك كلاًّ من نظريتي الخطأ التقليدية على أساس أن قصر المسؤولية على العمل المخطئ يؤدي إلى وقوع كثير من ضحايا الحوادث فريسة للفقر والبؤس. وكذا نظرية تحمل التبعة التي تجعل مناط المسؤولية وعدمها نشاط المتسبب في الضرر وما يجني من غنم فيه، باعتبار أن الأخذ بهذه النظرية فيه توسع في المسؤولية لأنه يشمل كل الأفعال الضارة مخطئة كانت أم غير مخطئة. ولاشك أن في ذلك قضاء على النشاط الإنساني أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار التي تقع.[2]

وقد انتهى ستارك من دراسته إلى عدم إمكانية الاعتماد على أي من النظريتين (الخطأ وتحمل تبعة المخاطر المستحدثة)، والاقتصار عليهما في تأسيس المسؤولية المدنية. واتجه نحو البحث عن أساس جديد – بمعنى نظرية تكفل تعويض المصابين، يُنظر فيه من زاوية المصاب وحقوقه، بدلا من النظر إليها من زاوية المتسبب في الضرر أو الفاعل على النحو الذي ذهبت إليه نظريتا الخطأ وتحمل التبعة، حيث تجاهلتا تماما حقوق المضرور. حيث نادى بفكرة الضمان كأساس لتعويض المصابين.[3]

الفقرة الأولى:

[1] Starck Boris: op.cit, p 38. ets.
انظر لتفصيل أكثر: سمير دنون: المرجع السابق، ص 53 - 61.
أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 186 - 196.

[2] محمد سليمان فلاح الرشيدي: المرجع السابق، ص 208.

[3] والواقع أن نظرية الضمان في المسؤولية التقصيرية تقترب من المسؤولية العقدية في حالة الالتزام بنتيجة، ذلك أن مجرد عدم تحقيق النتيجة ينفي قيام المسؤولية التقصيرية، دون حاجة لإثبات أي خطأ، كما سنبينه في المطلب الثاني الموالي.

مضمون نظرية الضمان

إن البحث عن الإجابة والتماس الحلول بالنسبة للإشكال الجوهري المتمثل في أساس المسؤولية المدنية، كان دائما يُنظر إليه من جانب واحد فقط وهو جانب الشخص المضرور المتسبب في الضرر.وعلى هذا فإن النظريات التي طرحت في هذا الصدد، وهي نظريتا الخطأ وتحمل التبعة، إنما هي نظريات شخصية [1]. كونها تبحث عن أسباب المسؤولية في جانب الشخص المتسبب في إحداث الضرر. إذ يكون هناك التزام بالتعويض لأن الفاعل قد ارتكب خطأ، أو لأنه أنشأ مخاطر أو جنى فائدة من نشاطه.

والجدير بالذكر أن هذه النظرية ترى في طريقة التعليل هذه أنها غير كافية وغير مقنعة، يعتريها القصور لأنها تُهمل جانب المضرور. ذلك أن كل شخص في الواقع له الحق في الحياة وفي التكامل الجسدي والمالي، بمعنى له الحق في الضمان المادي والأدبي لكافة حقوقه. والأضرار التي تلحق بالشخص نتيجة فعل الغير، إنما هي اعتداء على هذه الحقوق تبرر الحكم بعقوبة على مرتكبها، ولن تكون هذه العقوبة إلا الالتزام بالتعويض. على أساس أن لكل شخص الحق في السلامة، وهو ما يبرر مثل هذا التعويض.

غير أن هذا لا يعني إلغاء أو إغفال الحق في التصرف المقرر للفاعل، مما يستدعي عدم النظر إلى المشكلة من زاوية واحدة فقط. إذ أن الشخص الذي تصرف والذي تسبب بسلوكه هذا في إلحاق الضرر بالغير، يمكنه أيضا الاحتجاج بتمسكه بحقوقه.

وبناء على هذا فإن أزمة أو مشكلة المسؤولية المدنية، تكمن في وجود نزاع بين حقين شخصيين وهما الحق في السلامة من جهة، والحق في التصرف من جهة أخرى [2]. ومنتهى الإشكال والتساؤل، كيف يمكن التوفيق بين هذين الحقين المتعارضين ؟.

يرى جانب من الفقه [3] أن حل المشكلة يكون في المفاضلة بين هذه الحقوق، على أساس قيمة كل من الحقين. فإذا كان حق المدعى عليه يعلو حق المضرور فلا محل للتعويض، أما إذا علا حق

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 187.
[2] راجع في هذا الشأن: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.
سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 211 وما بعدها.
صلاح حسن برعي: المرجع السابق، ص 359.
[3] محمد نصر رفاعي: المرجع السابق، ص 466 وما بعدها. حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 138. عز الدين الديناصوري وعبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 280.

المضرور على حق المدعى عليه، فإنه يتعين على هذا الأخير أن يعوض المضرور عما أصابه من ضرر.

وتعقيبا على ذلك ترى هذه النظرية أن هذا الحل لا يمكن أن يكون متماثلا بمعنى موحدا، ,غنما يختلف تباعا لنوع الضرر الذي حدث. الأمر الذي يقتضي حسب أنصار هذه النظرية التمييز بين نوعين من الأضرار:

– **الأضرار الجسمانية والمادية:** وهي التي تعطي الحق في الحصول على تعويض دون استلزام إقامة الدليل على خطأ المسؤول، مما يعني أن القانون يضمن هذه الأضرار بطريقة موضوعية [1]. ففي حالة ما إذا لحق الشخص ضرر في سلامة جسمه أو في ممتلكاته المادية، كان الفاعل هو المسؤول، من غير أن يلزم المضرور بإثبات الخطأ أو ملابسات الخطر. لا لشيء، إلا لأن الفاعل ما كان له أن يلحق أضرارا بحقوق هامة ومعتبرة للضحية المضرور.[2]

– **الأضرار ذات الطابع الاقتصادي أو الأدبي البحث:** هي التي تلحق بالمصالح الاقتصادية والمعنوية البحتة، حيث يغلب عليها حق التصرف والممارسة، مما ينتج عنه بالضرورة الإضرار بالغير الذي لا يملكه المتسبب وليس في مقدوره [3]. وتبعا لذلك فإن مثل هذه الأضرار لا يمكن أن يثار بصددها المسؤولية إلا إذا أثبتنا خطأ المسؤول.

وتفسير ذلك أن بعض الحقوق في التصرف تسمح بالإضرار بالغير دون مؤاخذة، كحق التاجر في منافسة تاجر آخر، متى مارس مهنته بطريقة طبيعية ومشروعة. فهو قد يلحق أضرارا ولو كانت مقصودة كجلب عدد أكبر من الزبائن وتحصيل ربح أكبر، إلا أنه ومع ذلك لا يمكن إلزامه بالتعويض عن هذا الفعل لما فيه من التضييق على الحقوق المشروعة وإنكار مبدأ حرية المنافسة ذاته مثلا.

ومثل ذلك الحق في الإضرار، رغم أنه يؤدي إلى إلحاق الضرر برب العمل وبالغير أيضا – بل إن هذا هو هدفه تماما–، إلا أن الحكم على النقابات التي قررت الإضراب وعلى ما قاموا به ونفذوه، بتعويض نتائجه الضارة، لأدى ذلك إلى حق الإضراب نفسه.

---

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 190.
[2] حسين عامر وعبد الرحيم عامر: المرجع السابق، ص 138. محمد الشيخ عمر: المرجع السابق، ص 105، 105.
[3] سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 212.

ومع ذلك نتحفظ ونشير إلى أن الحق في الإضرار، والذي يبرر – من حيث المبدأ – عدم التعويض، ليس حقا مطلقا. فإذا حدث أثناء ممارسة أحد هذه الحقوق، كأن قام التاجر بمنافسة غير مشروعة مثلا، فإنه يكون مسؤولا دون شك، على أساس أن الخطأ الذي ارتكبه يبطل حقه في التصرف أمام الحق في السلامة، فالحق الأول لا يمكن أن يبيح مطلقا التصرف بطريقة خاطئة.

الفقرة الثانية:

تقدير نظرية الضمان في المجال الطبي

يظهر من خلال عرض نظرية الضمان، أنها تهدف إلى مراعاة أكبر لحقوق المتضرر. غير أن البعض قد تحفظ عليها بسبب تعارضها مع حلول اعتمدها الاجتهاد سابقا، إضافة إلى أنها لا تكفي لتحديد المسؤول من خلال أوجه الحراسة المتعددة.[1]

وهكذا يبدو واضحا مما سبق الإشارة إليه في مضمون هذه النظرية، أن الاختيار بين الخطأ والمخاطر من وجهة نظرية القائلين بها (ستارك)، ما هو إلى مأزق كاذب ومزيف [2]. إذ أن التوفيق بين هذه الأفكار لا يمكن أن ينتهي إلا إلى الإخفاق. أما تجاوزها عن طريق أخذ حقوق ومصالح المضرور غير المذنب في الاعتبار بدلا من التوقف عند حقوق الفاعل وحدّها وتركيز الأضواء عليها، فهو الذي ينجح في نظر المشكلة بطريقة جديدة مبتكرة.

إن نظرية الضمان تقرر في الوقت نفسه وجود مسؤولية بدون خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية والمادية، ومسؤولية أخرى تقوم على الخطأ بالنسبة للأضرار ذات الطابع الاقتصادي والمعنوي البحت.

وعلى هذا الأساس فإن أنصار هذه النظرية يسلمون بوجود حالات للمسؤولية على أساس الخطأ وأخرى بدون خطأ، ناكرين تماما أن تقوم المسؤولية تارة على الخطأ وتارة أخرى على المخاطر. وذلك لأن الأساس الوحيد للمسؤولية المدنية من وجهة نظرهم هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة، مما يجعل موقفهم هذا موقفا فريدا دون شك.[3]

---

[1] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 394، 395.
[2] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 191.
[3] سعيد مقدم: التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 212.

الفرع الثاني:
دوافع التحوّل من المسؤولية الخطئية إلى المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي

لقد ظهر لنا من خلال ما سبق تفصيله، محاولات الفقه الحقيقية في البحث عن أساس موضوعي للمسؤولية المدنية يمكن الاعتماد عليه، من أجل تحقيق حماية أكبر وضمان تعويض عادل للمضرورين، في ظل تقهقر الخطأ وتعرضه لهزات عنيفة، حملها التزايد المستمر للمخاطر الحديثة.

و لم تكن مسؤولية الطبيب، بمنأى عن هذا التحول، إذ أنه تحت تأثير مجموعة من العوامل والتطورات الجديدة، أضحى لزوما على المشرع النظر من جديد وبرؤية واقعية منطقية إلى قواعد المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا.[1]

وهكذا بدت مظاهر هذا التوجه نحو المسؤولية الموضوعية واضحة في المجال الطبي بالنسبة للقضاء الفرنسي، ونقتصر للتدليل على ذلك بأمرين: الأول هو اتجاه القضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية، والثاني: هو خرقه لمبدأ الالتزام ببذل عناية وتقرير للالتزام بالسلامة.

فقد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة التمييز بين الحادثة الطبية، وبين مجرد إخفاء العلاج. فقررت بناء على ذلك تأسيس المسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى، بينما قصرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية على الخطأ في الحالة الثانية. وقد ثبت هذا التوجه في غير حكم لها [2]. فقد

---

[1] وهذا ما كرّسه فعلا المشرع الفرنسي منذ أمد غير قريب بشأن قانون حوادث العمل الصادر في 09 أبريل 1898. وكذا قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة لعام 2002. كما أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية من خلال الأمر رقم 74 - 15 المؤرخ في 30يناير 1974 المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات ونظام التعويض، المعدل والمتمم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار. ج. ر رقم 29 لسنة 1988. وكذا الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06 - 04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر رقم 15 لسنة 2006.

[2] Cass.civ : 28/06/1989, Bull.civ. I, n° 266, D. 1990, p 412.
Cass.civ: 29/11/1989, Bull. Civ.I, n° 356, R.C.A, 1990..

قضت بمسؤولية الطبيب الجراح على أساس توافر قرنية الخطأ في جانبه، بسبب إصابة المريض بعدوى أثناء إجرائه لعملية جراحية.[1]

بناء على هذا سنرجئ بحث هذين الأمرين، وأثر النظرية الموضوعية في المجال الطبي للمطلب الثاني الذي سنخصصه لدراسة تأثير هذه النظرية على مكانة الخطأ. ونتناول قبل ذلك العوامل أو الدوافع التي ساهمت في ولوج المسؤولية الموضوعية للمجال الطبي كما تمليه منهجية البحث العلمي.

وتتمثل هذه العوامل في التطور العلمي التقني، ضغط الفقه واستجابة القضاء له وكذا اتساع نطاق نظام التأمين من المسؤولية.

البند الأول:

التطور العلمي التقني: عامل واقعي

إن استخدام أبسط الآلات والأجهزة الطبية قديما، رغم منافعها، إلا أنها غالبا ما كانت محفوفة بالمخاطر، الأمر الذي يفسر تأسيس المسؤولية المدنية للطبيب على ارتكابه لخطأ ثابت ومحقق ومؤكد. كل هذا على حساب الحماية المأمولة للمرضى، الذين كانوا يتحملون جزءا من تلك المخاطر التي تحيط بالتدخلات الطبية.

ولاشك أن كل هذا كان بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها، من خلال فسح المجال أمام الأطباء وإبداعاتهم العلمية، وهو ما تحقق فعلا. فإجراء مقارنة بسيطة بين ما كان عليه الطب في ذلك الوقت، وبين ما هو عليه اليوم، يدل دلالة قاطعة على ازدهاره وتحسن مردُوديته ونتائجه. إذ لا نبالغ إذا قلنا أن هناك عدة أمراض كانت مستعصية على العلاج أو على الشفاء، قد أصبحت بفضل التطور العلمي التقني من الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفاء.

فقد تطورت الأجهزة الطبية تطورا ملحوظا، وازدهرت الصناعات الدوائية، على نحو لم يسبق له مثيل. الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل. مما يغلق أمام الأطباء باب التذرع بالمخاطر غير المألوفة أو غير المتوقعة، أو قلة الإمكانات والتجهيزات.

---

[1] Cass. 1re civ : 21/05/1996. commentaire : H. Grroutel, chron, n° 29, R.T.D.C. 1996, p 913. obs. Patrice Jourdain, Gaz. pal, 1997, II, P 565.

وهكذا كان للتقدم العلمي التقني وتطور التجهيزات في مجال الطب، أثرها البالغ في تطور طبيعة مسؤولية الطبيب. الأمر الذي يفسر اتجاه الفقه هو الآخر في اتخاذه لهذا التطور دافعا له في تبني مسؤولية مدنية دون خطأ

البند الثاني:

ضغط الفقه

لا يماري أحد في الدور الفعال للفقه في رسم وإرساء معالم المسؤولية الموضوعية، من خلال تعاقب النظريات التي اتخذت من فكرة هجر الخطأ وعدم صلاحيته أساسا للمسؤولية، والمناداة بإحلال فكرة المخاطر أو الضمان بدلا عنه.

فقد رأينا اهتمام الفقه وحرصه على توفير الحماية اللازمة للمضرورين وتحسين وضعهم باعتبارهم ضحايا للحوادث، التي ليست إلا تجسيدا ماديا للخطر. مما جعل الخطأ أساسا ضعيفا وغير كاف لضمان حق المضرورين في الحصول على التعويض.[1]

نتيجة لذلك كان رد فعل الفكر القانوني تجاه التطورات الحديثة في استخدام الآلة، وما ينشأ عنها من أضرار شديدة جدا. دفع ببعضهم إلى الانقلاب على قواعد المسؤولية التقليدية – الشخصية – والمطالبة بتغيير أساس هذه المسؤولية، واتخاذ فكرة الخطر أو حتى الضرر أساسا للمسؤولية بدلا من فكرة الخطأ العتيقة التي لم تعد تتناسب مع مقتضيات العدالة في المجتمع المعاصر.[2]

إنه غير خاف الدور الذي لعبه الفقه في تكريس معالم المسؤولية الموضوعية عموما وفي المجال الطبي خصوصا. حيث نادى الكثير منهم بالمسؤولية غير الخطئية للطبيب في كثير من مجالات الممارسة الطبية، كما هو الشأن بالنسبة للتحاليل الطبية، العدوى الناشئة داخل المستشفيات les infections nosocomiales، المسؤولية دون خطأ للقائم بالبحوث الطبية، مسؤولية مراكز نقل الدم، ... إلى غير ذلك.

[1] Patrice Jourdain : Les principes de la responsabilité civile, op. cit, p 20.

[2] أشرنا إلى أن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بوجه عام قد تعرضت لانتقادات لاذعة من قبل فقهاء النظريات الموضوعية. ومن أشدها ما قاله الفقيه جوسران Josserand: " لقد أصبحت فكرة الخطأ هرمة ولم تعد تتحمل العبء الثقيل الملقى على عاتقها في الوقت الحاضر ". انظر: محمود جلال حمزة: المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1988، ص 115.
وقول الفقيه سالي Saleilles: " كلمة الخطأ يجب أن تلقى من فوق الحافة"، انظر: محمد سليمان فلاح الرشيدي: المرجع السابق، ص 192.
وقد اعتبر الفقيه Georges Ripert كلا من الفقيهين: Josserand و Saleilles وكلاء تفلسة الخطأ، حيث دعيا إلى التسليم بإشهار إفلاس الخطأ. انظر: محمود التلتي: المرجع السابق، ص 67.

وجدير بالذكر أن الفقه الحديث [1] هو الآخر قد لعب دورا هاما في محاولة منه لتأسيس قواعد المسؤولية الطبية، وفق منظور المسؤولية الموضوعية. ففي ظل جمود التشريع وتردد القضاء – أول الأمر –، وازن الفقه بين تقديس حرية الفرد، حيث لا يلتزم بتعويض الضرر إلا إذا كان ناشئا عن خطئه. وحرية الفرد في اختيار وسائل تحقيق سلامته الجسدية، ومن تم وجوب تعويضه عما يصيب تلك السلامة من أضرار تقع عليه من الغير، رأى الفقه مدى أهمية وأولوية السلامة الجسدية للإنسان، باعتبارها من المعطيات الاجتماعية الفطرية اللصيقة باستمرارية حياة البشرية، لاسيما في ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن تقدم وازدهار الحياة الاجتماعية الحديثة.[2]

لذلك رأى الفقه مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسايرتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فاتجه إلى رسم معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع. وهو حرص القضاء على كفالته وتكريسه ميدانيا.

البند الثالث:

مساهمة القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية

لقد كانت لتلك الأفكار والنظريات الفقهية التي دعت إلى تأسيس المسؤولية على فكرتي الخطر والضرر، تأثيرا واضحا على نهج القضاء في تعامله مع قضايا المسؤولية الطبية، حيث حظيت بقبول وترحيب من لدن القضاء.

وقد بادر القضاء الفرنسي إلى تبني نظرية المسؤولية الموضوعية، منذ الإعلان عنها من قبل الفقه. وفي هذا الصدد نشير إلى حكمي مجلس الدولة: Cames الصادر بتاريخ 21 يونيو 1895 وحكم Régnault Desroziers في 28 مارس 1919.[3] ومن هذين الحكمين استخلصت شروط إعمال نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الإدارية، وأكدتها من بعد الأحكام المنتمية لنطاق

[1] من الفقهاء المعاصرين الذين تبنوا فكرة المسؤولية الموضوعية ودافعوا عنها:
Savatier René : comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, op. cit, p 03 ets.
Geneviève Viney : Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit, p 06 ets.
وانظر كذلك: محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.
حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص 317 وما بعدها.
ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.

[2] Savatier René : Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H, France, 1931, p 355 ets.

[3] Michel paillet : Note sur l'arrêt Bianchi (C.E : 09/04/1993) , R.D.P, 1993, n° 04, France, p 1099 - 1110.

تطبيق هذه النظرية، لتكون من مداخل تمييز قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية وشاهدا عليه.[1]

هذا وقد استعمل القضاء الفرنسي عدة وسائل بغية إقرار التعويض دون خطأ، ولعل من أبرز تلك الطرق:

– **قرائن الأحوال:** حيث توسعت المحاكم في استعمال سلطتها في الأخذ بقرائن الحال، والتي ترك لها المشرع سلطة التقدير لاعتبار خطأ المدعى عليه ثابتا عن طريق هذه القرائن. فاعتبرت بناء على ذلك أن بعض الحوادث يحمل في ذاته أو طياته دليل حصوله بخطأ المتسبب فيه [2]. ومن أمثلة ذلك الأضرار التي تلحق المريض نتيجة استخدام جهاز طبي كأجهزة الكشف بالأشعة [3] أو انفجار جهاز التخدير[4] أو غير ذلك.[5]

غير أن تقدير قرائن الأحوال من صلاحيات قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في إلزامه بالأخذ بها في الحالات التي تُعرض عليه. لذلك لم يكن الاعتماد على هذه الوسيلة، مما دفع بالبحث عن غيرها.[6]

– **فكرة الالتزام بضمان السلامة:** ومضمونه أن يلتزم الطبيب بألا يعرض المريض لأي أذى، نتيجة ما يستعمله من أدوات أو أجهزة طبية، أو ما يصفه أو يعطيه من أدوية [7]. فالأضرار التي تصيب المريض من هذه الأجهزة أو المواد الطبية تستقل عن العمل الطبي بمفهومه الفني، كما أنه

---

[1] Depuis que la responsabilité sans faute à vu le jour en 1895 (étant alors inconnue en droit civil, c'était une innovation absolue) elle s'est rapidement et considérablement développée. Actuellement, et depuis longtemps, la rupture entre faute et responsabilité est une chose commune en droit administratif et l'importance du domaine de la responsabilité sans fautes est une des caractéristiques les plus remarquables de la responsabilité de la puissance publique.

Voir : René Chapus : Droit administratif général, Tome I, 11ème édition, France, 1997, p 1199, 1200.

[2] لمزيد من التفصيل بشأن هذه القرائن وتطبيقاتها في مجال التجهيزات الطبية، يراجع: محمد حاتم صلاح الدين عامر: الم رجع السابق، ص 142 وما بعدها.

[3] Cass.civ : 28/06/1960, J.C.P, 1960. II. I, 11787. Note Savatier. Cité par : Michel Ney : la responsabilité des médecins , op. cit, p 157.

[4] Tri. Seine : 03/03/1965.D. 1965 - 71, J. Brunner, Accidents thérapeutiques et responsabilité, Bull. de médecine légale, 1972, p 106.

[5] Cass.1re civ : 09/11/1999, (Mme Morisot C/ Delsart), D. 2000, jur, p 117. Note. Patrice Jourdain, J.C.P.G. 2000, II.10251. cité par : Christophe Radé : op.cit, p 118.

[6] سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 114- 115.

[7] Pour plus détailles voir : Naceur Fatiha : Le contrôle de la sécurité des produits, l'obligation de sécurité, presses universitaire de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 50 ets.

Voir aussi : cass.1re civ : 07/11/2000, n° 1637 FS-P, Sté Assurances générales de France [AGF] et autre C/ Mme Rigaud et autres, juris - data n° 006732, Contrats - concurrence - consommation, Edition du Juris - classeur, Janvier 2001, France, p13, 14.

يتلاشى بشأنها عنصر الاحتمال. وبالتالي فإن مجرد المساس بالسلامة الجسدية للمريض يرتب مسؤولية الطبيب دون حاجة لإثبات خطأ من جانبه.

– **نص المادة 5/1384** من القانون المدني الفرنسي والتي تقابل المادة 138 من القانون المدني الجزائري، إذ تعالج هذه المادة المسؤولية عن فعل الأشياء. حيث طبق القضاء الفرنسي على أساس أنها لا تحتاج إلى إثبات خطأ في جانب حارس الشيء حتى تقوم مسؤوليته، وهذا ما أدى إلى صدور القانون المتعلق بإصابات العمل في فرنسا.

والجدير بالذكر أن القضاء لاسيما الفرنسي باعتبار خلاقا ومبدعا في قضايا المسؤولية خصوصا، قد حرص على تقرير المسؤولية الموضوعية للطبيب، كلما أمكنه ذلك. تكريسا لحماية أكبر للمرضى في ظل المتغيرات العلمية والاقتصادية والاجتماعية الموازية.

ويكفينا الإشارة إلى ثلاث حالات في المجال الطبي، أكد القضاء من خلالها بمسؤولية الطبيب أو القائم على النشاط الطبي، ولو في غياب أي خطأ، متأثرا كما أشرنا بالتوجه الفقهي في هذا الإطار.

الحالة الأولى: الأضرار الناجمة عن الأخماج les infections nosocomiales: ويقصد بها تلك الالتهابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى[1]. بتعبير آخر أكثر وضوحا فهي بحسب البلاغ الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية الفرنسي بتاريخ 1988/10/13 تتعلق بكل مرض سببته جراثيم وميكروبات أصابت مريضا بعد قبوله في مؤسسة صحية، إما للبقاء فيها أو لتلقي العلاج دون البقاء فيها، وسواء ظهرت أعراض تلك الالتهابات أثناء إقامة المريض في المستشفى، أو تم التعرف عليها بعد ذلك في أثناء فحص سريري. وعلى هذا الأساس ألقى الاجتهاد القضائي الفرنسي المسؤولية على الطبيب، باعتباره التزاما بالسلامة، لا ضرورة فيه للخطأ.[2]

---

[1] Sophie Hoquet - Berg et Bruno Py : La responsbilité du médecin, Edition heures de France, France, 2006, p 42 ets.

[2] Cass. 1re civ : 29/06/1999. deux arrêts, n° s 1268 et 1269, J. C. P. 1999, G.II, n° 10138. Responsabilité civile et assurances, Editions du juris - classeur, Hors - serie, (Juillet - août) 1999, France, p 45,46.

Voir le commentaire de Pierre Sargos : La doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation, op. cit, p 36 - 41.

وقد دفع هذا التوجه القضائي بالمشرع الفرنسي إلى تبنيه وتكريسه من خلال نص المادة 1142- 1/1 من قانون الصحة العامة، حيث استثنى مسؤولية المؤسسات الطبية في مثل هذه الأحوال من أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ. كما أن المادة 71 من تقنين الآداب الطبية الفرنسي تلزم الطبيب بالحرص على تعقيم الأدوات الطبية التي يستخدمها في عمله، والتخلص من النفايات الطبية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون. وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذه الالتهابات.[1]

الحالة الثانية: الحادث الطبي **l'aléa thérapeutique**: يرى بعض الفقه[2] أن إقرار القضاء لمسؤولية غير خطئية، يتعين أن يكون ه و الحل واجب التطبيق في كل حالة يرجع فيها الضرر المتحقق إلى واقعة يمكن وصفها بالحادثة.

ويتوقف وجود الحادثة الطبية على الضرر ذاته من ناحية، وعلى العمل الطبي من ناحية أخرى.

فمن جهة يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومتوقعة على مجرد إخفاق العلاج، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر ضررا جديدا ليس من شأن التطور العادي لحالة المريض أن يأتي به. بمعنى آخر أن الضرر المترتب بالنظر لحالة المريض الصحية والعناية المبذولة في علاجه، يستدل منها على أن الضرر كان بسبب حادثة طبية وليس مجرد إخفاق للعلاج.[3]

ومن جهة ثانية، يلزم أن يكون الضرر المتحقق راجعا إلى عمل مادي لا تقتضيه أعمال العلاج. كأن ترجع الرضوض أو آثار الإصابة التي تلحق بجسم المريض إلى استخدام الطبيب لجهاز أو آلة.

وهكذا يتضح من هذين الوجهين أن الضرر قد نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، وبالتالي فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق للعلاج الذي يصح أن يثار بخصوصه ــ وحده ــ التزام الطبيب ببذل عناية. عكس الضرر الذي يقع نتيجة حادث طبي مما يتعين إخضاعه لنظام آخر.[4]

---

[1] Voir : Sylvie Welsch : op. cit, p 285 ets.

[2] Geneviève Viney et Patrice Jourdain : L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation ? J.C.P, éd. G. 1997, n° 17, doc. 4016, p 181.
Sophie Hocquet - Berg et Bruno Py : op.cit, p 17.
Marie - Josèphe Lamar : l'aléa thérapeutique : modalités et conditions de l'indemnisation, centre de documentation multimédia en droit médical, http://www.droit.univ- paris 5.fr. mise à jour le : 01/12/2003.

[3] Cass. 1re civ : 07/01/1997, Gaz. Pal. 7- 8 Février. 1997, flash juripr, p 32.

[4] انظر في ذلك من التطبيقات القضائية الجزائرية النادرة: قرار المحكمة العليا: 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي) ضد (فريق ك ومن معهم)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 127 - 131.

الحالة الثالثة: المسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج: يتجه القضاء الفرنسي كما سنبينه لاحقا[1] إلى التضييق من نطاق الالتزام ببذل عناية الملقى على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج، ليتحول شيئا فشيئا إلى إلقاء التزام بتحقيق نتيجة على عاتقه. وكانت الغاية من ذلك هي تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به في نطاق عقد العلاج الطبي.

وهكذا اعتبر القضاء أن طبيب التحاليل ملزم بتحقيق نتيجة، تتمثل في تقديم نتائج صحيحة، وأنه بمجرد إعطاء نتائج مغلوطة تتحقق مسؤوليته.[2]

كما اعتبر القضاء أن الأضرار التي تلحق بالمريض والناتجة مباشرة عن استخدام جهاز أو آلة أو أدوية أو منتجات صيدلانية، توجب مسؤولية الطبيب، وهذا ما يظهر جليا في إقراره بمسؤولية طبيب الأسنان الذي يلتزم بتركيب طاقم أسنان اصطناعي لمريضه.[3]

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إلى أنه يقع في عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة وبالسلامة، بالنسبة للمادة المستعملة من أجل تنفيذ العمل الطبي في نطاق العلاج.[4]

وهو ما حرصت علي تأكيده في قرار آخر لها، ذهبت فيه إلي أن العيادة التي قدمت المادة المطهرة للطبيب، والتي سببت حروقا من الدرجة الأولى والثانية للمريض تعد مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وذلك لأن عقد العلاج الذي تم إسعاف المريض بموجبه من قبل المؤسسة الطبية الخاصة، يلقي على عاتقها التزاما بتحقيق نتيجة وسلامة ما يتعلق بالمنتجات كالأدوية التي تقدمها.[5]

Voir : Geneviève Viney et Patrice Jourdain : op.cit, p 185.

[1] انظر المطلب الموالي.

[2] C. A. Toulouse : 19/12/1959, J.C.P. 1960. II. 11402, note Savatier René.

[3] Cass. 1re civ : 12/06/1990, Bull. 1, n° 162.

أورد هذا الحكم: فواز صالح: المرجع السابق، ص 143.

انظر حكم محكمة قسنطينة، غ .إ: 1981/05/20، قضية ضد (مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور. حيث قررت المحكمة فيه بمسؤولية المستشفى بسبب سقوط المريض من على سرير متحرك أدى إلى موته على أساس سوء التسيير والإدارة. غير أننا لا نوافق المحكمة على هذا التكييف الذي أعطته لالتزام المستشفى في هذا الصدد، ذلك أن الأمر يتعلق هنا بإخلال المستشفى بالتزامه بضمان سلامة المريض.

انظر كذلك: رائد كامل خير: شروط قيام المسؤولية الجزائية الطبية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 25.

[4] Cass.1re civ : 09/11/1999, (Mme Morisot C/ Delsart), D. 2000, jur, p 117. Note. Patrice Jourdain, J.C.P.G. 2000, II.10251. cité par : Christophe Radé : op.cit, p 118.

[5] Cass. 1re civ : 07/11/2000, D. 2000, n° 42, IR, P 293, D. 2001, n° 7, p 570.

Cass. 1re civ : 03/03/1998, Arrêt n° 432P, SA les laboratoires Léo C/ Scovazzo et a , J.C.P, n° 27, 02 Juillet 1998, p 1102.

Voir : Janine Revereau : Responsabilité des fabricants, op. cit, p 1103, 1104.

ولاشك أن هذا التوجه دفع المشرع الفرنسي إلى تكريس هذا الاجتهاد القضائي، لاسيما من خلال المادة 1/1142 من قانون الصحة العامة. حيث استثنت مثل هذه الحالات من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ.

البند الرابع:

تطور التأمين من المسؤولية

لم يكن القضاء ليستجيب لضغط الفقه فيما يتعلق بإقرار المسؤولية الموضوعية للأطباء في كثير من الحالات – كما رأينا، لولا وجود عامل تطور التأمين من المسؤولية المدنية عموما، واتساعه ليشمل المسؤولية الطبية.

فقد أفرز التأمين من المسؤولية المدنية – لاسيما وأنه أضحى إجباريا [1]– نتيجة هامة، مفادها أن القاضي أصبح لا يتردد في إعلان قيام مسؤولية الطبيب، ولا يتوانى عن الحكم بالتعويض لصالح المريض المضرور ولو في غياب خطأ ثابت يوجب المسؤولية. ذلك أنه يعلم مسبقا أن العبء لن يتحمله الطبيب، وإنما المؤمن في نهاية المطاف [2]. مما يجعل فكرة التأمين تتلاءم ونظام المسؤولية الموضوعية التي لا تعتد بالخطأ.

وهكذا نجد المشرع الفرنسي قد بادر لسن قانون حماية المرضى ونوعية نظام الصحة سنة 2002، يهدف أساسا لتلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، والذين لم يكن لهم الحق في الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية بسبب انعدام الخطأ. ومن هذا المنطلق قرر المشرع الفرنسي وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني، وفقا لما طالبت به جمعيات ضحيا الحوادث الطبية منذ عدة سنوات [3]، طبقا لما نصت عليه المادة 1142- 1 من قانون الصحة العامة.

---

[1] انظر المادة 167 من الأمر رقم 95 - 07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ/25 يناير 1995م المتعلق بالتأمينات، ج. ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل بالقانون رقم 06 - 04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر رقم 15 لسنة 2006.

[2] Philippe le Tourneau, Lois Cadiet : Droit de responsabilité et des contrats, Edition Dalloz, Paris, 2000, n° 34, p 13 ets.

[3] بالمناسبة فقد تم تأسيس أول جمعية " اللجنة الوطنية للدفاع عن ضحايا الأخطاء الطبية" في الجزائر يوم 14 جويلية 2009. تحت لواء الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان. جريدة الخبر اليومية، الأربعاء 2009/07/15م الموافق 22 /07/ 1430هـ، العدد 5717، السنة 19، ص 17.
وقد جاء تأسيس هذه اللجنة من واقع ارتفاع نسبة الأخطاء الطبية بشكل كبير ولافت. انظر تقرير جريدة الخبر اليومية بشأن الأخطاء الطبية في الجزائر: العدد 5639، الأربعاء 06 ماي 2009م/11 جمادى الأولى 1430هـ السنة التاسعة عشر، ص 12. والعدد 5990، الأحد 09 ماي 2010م/24 جمادى الأولى 1431هـ، السنة العشرون، ص 15.

لقد كان من نتائج الثورة الصناعية وما نجم عنها من تطور اقتصادي وصناعي هائل، أن تزايدت – للأسف – الأضرار الناجمة عن الحوادث والمُعدّات، مما عجّل في ظهور التأمين على المسؤولية من أجل تغطيتها.

هكذا كان لزاما مع هذا التطور العميق الذي لحق قواعد المسؤولية – وفقا لما أشرنا إليه سابقا، أن يقوم التأمين بجوار المسؤولية يُساهم مع هذا التطور في ضمان حصول المضرور على حقه في التعويض. فأصبح تبعا لذلك سباق بين التأمين والمسؤولية [1]، في كل مرة تتسع دائرة المسؤولية بفضل القضاء أو بحكم القانون، يدفع هذا بالمسؤول إلى أن يؤمّن على مسؤوليته. وهكذا في كل مرة يوجد هذا التامين فإنه يدفع بالقضاء إلى التوسع في المسؤولية ومحو كل أهمية للخطأ [2]. والغاية طبعا في جميع الأحوال هي حماية الشخص المضرور.

وقد شهد التأمين تطورا كبيرا وتزايدا مستمرا، فاتسعت مجالاته حتى شمل غالبية مرافق الحياة، حتى أصبح من النادر في الوقت الحاضر أن توجد مخاطر لا تُقبل شركات التأمين على تغطيتها [3]. وقد أدى هذا التوسع في التأمين من المسؤولية كما يقول جانب من الفقه [4] إلى قلب قواعد المسؤولية رأسا على عقب. بحيث فقدت كل معنى جزائي لها، لتصبح قاعدة ضمان للمضرور تضمن له الحصول على التعويض بمجرد وقوع الضرر.

ونشير إلى أن هذا التطور في قواعد المسؤولية المدنية دفع بالكثير من الدول – ومنها الجزائر، إلى الأخذ بنظام التأمين الإجباري، لاسيما بالنسبة للمسؤولية عن حوادث السيارات، حوادث العمل، الأمراض المهنية، حوادث النقل الجوي[5]، الأخطاء الطبية، وهكذا.[1]

---

[1] أنظر في هذا المعنى: حسان شمسي باشا، محمد علي البار: مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1425 هـ/ 2004م، ص 113، 114.
سهيل يوسف الصويص: مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبعة الأولى، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2004، ص 218- 226.
Voir aussi : Martine Carcenac : De la responsabilité sans faute à la faute objective, R.V.D.A, n° 01, 1998, France, p36.

[2] Savatier René : Traité de responsabilité civile, op. cit, p 02, 326.

[3] عبد الودود يحي: التأمين على الحياة، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 09.

[4] Voir : Savatier René : Traité de responsabilité civile, op. cit, p 03.
Georges Boyer Chammard, Paul Monzein : op. cit, p112.
محمد نصر رفاعي: المرجع السابق، ص 470 وما بعدها.
سعد سالم عبد الكريم العسبلي: التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 98.

[5] راجع في هذا الموضوع: دلال يزيد: مسؤولية الناقل الجوي للأشخاص في النقل الجوي الداخلي والدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2009/ 2010، ص 371 - 397.

والتأمين من المسؤولية هو عقد يؤمّن بواسطته المؤمّن للمؤمّن له من الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية.[2]

أما في المجال الطبي فيقصد بالتأمين من المسؤولية الطبية، عقد تتحمل بموجبه هيئة أو جهة (شركة) التأمين الطبي المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها نظير، أقساط محدّدة قانونا تُدفع من المؤمّن له (الطبيب).[3]

غير أن هذا التعريف يبدو غامضا وغير واضح، إذ يعرّف عقد التأمين الطبي وكأنه بين شركة التامين والمرضى المتضرّرين، بقوله: " عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ...". في حين أن هذا التأمين هو بين شركة التأمين والطبيب عن الأضرار التي تُصيب هذا الأخير، نتيجة رجوع المرضى عليه بالتعويض بسبب خطأ طبي صدر منه.

وبناء على ذلك فالتأمين من المسؤولية الطبية المدنية هو عقد بموجبه يؤمّن المؤمّن (شركة التأمين) الطبيب باعتباره مؤمنا له من الأضرار التي تلحق به من جرّاء رجوع المريض (أو ذويه أو ورثته أو المستحقين من الخلف أو المتضررين من الغير) عليه بالمسؤولية الطبية أثناء ممارسته لمهنته، لارتكابه ما يوجب المسؤولية.[4]

---

[1] بادر المشرع الجزائري سنة 1974 إلى إصدار الأمر رقم 74- 15 المؤرخ في 30 جانفي 1974، الذي حدد بموجبه قواعد التعويض الجزافي لحوادث المرور. المعدل والمتمم بالقانون رقم 88- 31 المؤرخ في 29 يوليو 1988، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث المرور، ج.ر رقم 29 لسنة 1988.

أما بشأن حوادث العمل والأمراض المهنية، فقد صدر القانون رقم 83- 13 المؤرخ في 21 رمضان 1403 هـ/ 02 يوليو 1983م، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر رقم 28 لسنة 1983. وكذا القانون رقم 83- 11 المؤرخ في 21 رمضان 1403 هـ/ 02 يوليو 1983م، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المتمم بالقانون رقم 08- 01 المؤرخ في 15 محرم 1429 هـ/ 23 يناير 2008م، ج.ر رقم 04 لسنة 2008.

أما ما يتعلق بالتأمين عن النقل الجوي والأخطاء أو المخاطر الطبية وغيرها من مجالات التأمين عموما، فقد صدر القانون رقم 80- 07 المؤرخ في 28 رمضان 1400هـ/ 09 أوت 1980، المتعلق بالتأمينات. الملغى بالأمر رقم 95- 07 المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006. ج.ر رقم 15 لسنة 2006.

فقد جاء في نص المادة 198 من القانون رقم 95- 07 ما يؤكّد ما ورد في المادة 171 من القانون رقم 98- 06 المؤرخ في 27 جوان 1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني. ج.ر رقم 48 لسنة 1998. المعدل والمتمم بالقانونين رقم 2000- 05 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 والقانون رقم 08-02 المؤرخ في 15 محرم 1429 هـ/ 23 يناير 2008م، ج.ر رقم 04 لسنة 2008، التي تنص على أنه: " يجب على كل مستغل طائرة يقوم بالقطر الجزائري بالخدمات الجوية المبيّنة في هذا القانون أو يحلّق فوق القطر الجزائري، سواء كان مسجلا بالجزائر أو بالخارج، أن يكتتب تأمينا يغطي مسؤوليته ".

أما في المجال الطبي فقد نصت المادة 167 من القانون رقم 95- 07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم على أنه: " يجب على كل المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير ". إضافة إلى نص المادة 169 المتعلقة بتأمين المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري. وكذا المادة 173.

[2] أنظر في ذلك: جلال محمد إبراهيم: التأمين - دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 112.

[3] سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 344.

[4] أنظر في هذا المعنى: جوزيف داود: المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة الأولى، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987، ص 146.

فالتأمين من المسؤولية الطبية على هذا النحو يعتبر تأمينا من الأضرار [1]، يخضع لمبدأ التعويض ككل تأمين من الأضرار. وهو في هذا يختلف عن التامين عن الأشخاص.[2]

وعلى هذا الأساس لا يقصد بالتأمين من المسؤولية الطبية تأمين المريض من الإصابة التي تقع عليه من الطبيب، وإلا أصبح تأمينا على الأشخاص، وإنما يقصد به تأمين الطبيب نفسه من ضرر يقع على ماله نتيجة رجوع المريض عليه بالمسؤولية، ومن ثم كان تأمينا على المال أي تأمينا من الأضرار.

يبدو واضحا تبعا لذلك، تلمّس تأثير التأمين على المسؤولية الطبية، من خلال تقليص الدور الممنوح للخطأ الشخصي، باعتباره شرطا للمسؤولية المدنية عموما. والذي يُرجعه كثير من الفقه كما رأينا إلى التأثير المتزايد للتأمين عن المسؤولية. وهكذا نجد في سياق تعميم أولوية التأمين عن المسؤولية الطبية طبقا لنص المادة 167 من القانون رقم 95- 07 المتعلق بالتأمينات، أن تحمل تبعة التعويض المادي تقع على عاتق المؤمن، الأمر الذي يُزيل مسبقا اشتراط خطأ الطبيب المسؤول. لاسيما بعدما أصبحت المسؤولية مجرد دعامة للتأمين، ولو لم يعد من السائغ في كل مرة نكون فيها أمام ضرر أن نتساءل عن مصدره، وما إذا كان مردّه أولا لخطأ أم لا. كما لا يمكن أن نعين الشخص كمسؤول عن الخطأ بصفة مورد تأمين.

ولا شك أن المسعى الحقيقي من وراء التأمين، إنما يكمن في إلقاء العبء على من كان في وضع أحسن قبل وقوع الضرر، ولذلك لا يستبعد أن يكون للتأمين مكانة معتبرة في تطوير أنظمة المسؤولية الموضوعية. بل إن البناء القانوني لأنظمة المسؤولية القانونية، أصبح يأخذ بعين الاعتبار العلاقة الوطيدة بينها وبين التأمين.[3]

نخلص مما تقدم أن هناك علاقة وطيدة بين تطور تأمين المسؤولية، وتقليص دور الخطأ في إعادة تنظيم المسؤولية المدنية. ذلك أن التأثير لا يقتصر على إضعاف دور الخطأ في المسؤولية المدنية بفعل

---

[1] محمد عبد الظاهر حسين: التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 95.
عبد الرشيد مأمون: التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 55 وما بعدها.
[2] أشرف جابر سيد مرسي: التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1420 هـ/1999م، ص 12.
[3] Voir dans ce sens : Gérard Mémeteau : La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal (canada), 1990, p 197, 281- 285.

ازدهار التأمين فقط، وإنما ساهم أيضا في إقصاء المسؤول نفسه، من خلال إلزامه بالاختفاء وراء مؤمّنه، فأصبح المؤمّن هو المدين الحقيقي بالتعويض.

وغني عن البيان أن الغرض من التأمين عن المسؤولية الطبية، هو تعهد هيئة التأمين بتغطية الأضرار سواء كانت مادية أو معنوية التي تلحق الأشخاص بسبب الأخطاء المهنية المترتبة على ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها [1]. سواء كان هذا التأمين محدودا، حيث تأخذ شركة التأمين على عاتقها تغطية مسؤولية الطبيب في حدود مالية معينة تُدفع للمضرور أو الورثة، وهذا هو الغالب. كما يمكن للطبيب أن يبرم عقد تأمين غير محدود تتعهّد بموجبه شركة التأمين بتغطية مسؤولية الطبيب أيا كانت هذه المسؤولية، ومهما كانت الأضرار أو ارتفع الرقم المدفوع، وإن كان هذا النوع نادرا جدا.[2]

وتبعا لذلك استثنى جانب من الفقه [3] والتشريع [4]، بعض الحالات التي لا يجوز التأمين عليها في المجال الطبي ومنها: حالة حصول الضرر بالمريض نتيجة فعل عمدي من الطبيب. وكذلك حالة حصول ضرر بالمريض نتيجة قيام الطبيب بعمله تحت تأثير مسكر (في حالة سكر) أو مخدّر. وكذا متى لحق بالمريض ضرر من طرف الطبيب الذي يُزاول مهنته بدون ترخيص أو حتى بترخيص مزور. إضافة إلى أنه يُستثنى من التأمين كذلك حالة إدلاء الطبيب المؤمّن له لدى شركة التأمين ببيانات غير صحيحة. وكذلك حالة الغرامات المفروضة على الطبيب طبقا لأحكام القانون الجنائي.

إن ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذه المتابعة والتفصيل لمفهوم النظرية الموضوعية وتطورها في المجال الطبي، لَيُؤكّد حقيقة ملموسة مهمة. مفادها أن الخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية المدنية قد عرف تصدّعا – إن لم نقل تراجعا- بفعل تأثير النظرية الموضوعية، وما صاحبها من عوامل ومؤثرات ساهمت بشكل لافت في وُلوجها مختلف مجالات المسؤولية المدنية وعلى رأسها المسؤولية الطبية.

---

[1] نصت على ذلك المادة 29 من قرار اللجنة الشعبية الليبية العامة رقم 556 لسنة 1991، بشأن تنظيم هيئة التأمين الطبي، ج.ر رقم 09، السنة الثلاثون، الصادرة في 1992/05/21.

[2] عبد الرشيد مأمون: التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 57، 58.
جوزيف داود: المرجع السابق، ص 148.

[3] سعد سالم عبد الكريم العسبلي: المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 350- 353.
عبد الرشيد مأمون: التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 56.

[4] أنظر نص المادة 622 ق. م. ج. والمادة 31 من قرار اللجنة الشعبية الليبية العامة رقم 556 لسنة 1991. السالف الإشارة إليه.

لكن ورغم ذلك ومهما يكن الحال، فإن النظرية الموضوعية كانت محل نقد شديد، كونها لم ترقى إلى التطلعات المأمولة للمتضررين. كما أنه لم تنجح إلا في حمل المشرع على إصدار بعض التشريعات التي ينظم فيها أحوالا محدّدة وخاصة للمسؤولية المدنية، بل وفي فروع محصورة، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الطبية فيما يتعلق بالمسؤولية عن الحوادث الطبية، أو الأخماج الواقعة داخل المستشفيات **les infections nosocomiales** ، أو فيما يتعلق بالمسؤولية عن بعض الأجهزة والمعدات الطبية كما سبق وأن رأينا ذلك.

وخلاصة القول أن النظرية الموضوعية وإن لم تجد آذانا صاغية لدى عموم الفقه والقضاء – بل وحتى المشرع – لجعلها قاعدة عامة، فإن ذلك لم يمنع هذا الأخير من الأخذ بها في مواطن عدّة [1] كما أسلفنا.

وهكذا كان أخذ التشريع – لاسيما الفرنسي، وكذا الفقه والقضاء بمفهوم النظرية الموضوعية في المجال الطبي، من خلال إتباع مسار آخر، تُؤسّس عليه قواعد المسؤولية المدنية، وتُبرّر من خلاله دواعي اعتناق النظرية الموضوعية، ألا وهو طبيعة التزام الطبيب في المجال الطبي.

إن من نتائج تبني فكرة المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، استبعاد فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض. فكان بذلك واضحا تأثير المسؤولية الموضوعية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، من خلال التشديد في التزامات الطبيب تجاه مريضه، وهو ما نتناوله في المطلب التالي.

---

[1] Philippe Le Tourneau : La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin), R.T.D.C, n° 03, (juillet – Septembre), 1988, France, p 517. Ou il dit : « Fin la faute ? Non, la faute est bien vivace ! sa verdeur certaine, malgré son âge véritable. Et elle n'est pas prés de trépasser, Dieu nous en garde ».

Jean Penneau : La réforme de la responsabilité médicale - responsabilité ou assurance, R.I.D.C, n° 02, (Avril – Juin), 1990, France, p 527.

السيد محمد عمران السيد: التزامات الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992، ص 72، حيث يقول: "يبدو من الصعب قبول نظام للمسؤولية الطبية يقوم على الخطر، لأن شروط المسؤولية ليست واحدة ".

محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، المرجع السابق، ص 14، 51، 90، 93 - 98.

المطلب الثاني:
أثر المسؤولية الموضوعية على مكانة الخطأ

سبق وأن بيّنا في المطلب السابق كيف رسمت المسؤولية الموضوعية طريقها، وتحدّدت معالمها في المجال الطبي، محاولة في ذلك التضييق قدر الإمكان على الخطأ وتشديد الخناق عليه. غير أن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هل فعلا استطاعت هذه النظرية إلغاء مكانة الخطأ كليا من قاموس المسؤولية المدنية ؟ أم أن تأثيرها كان أقل باقتصاره على التشديد في طبيعة التزام الطبيب ؟ كما يثور الإشكال بشأن التشديد في التزام الطبيب وأثره في إضعاف دور الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية ؟

إن ما يجب على الطبيب هو أن يعنى بالمريض العناية اللازمة، وأن يبذل ما في وسعه من الجهود الصادقة ووسائل العلاج ما يرجى به شفاء المريض من مرضه. ولا يكفي أن يفشل العلاج أو تسوء حالة المريض لظروف خارجة عن إرادة الطبيب حتى يعتبر هذا الأخير مخلا بالتزامه وبالتالي تقوم مسؤوليته، بل لابد أن يقوم الدليل على تقصير واضح منه في بذل عنايته. ولا يستقيم هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه مسؤوليته.

ويتحدد مدى التزام الطبيب على النحو السالف ذكره بعدة عوامل، نود الإشارة إليها بإيجاز:

– **القواعد المهنية: les usages de la profession**: فالتزامات الطبيب بوجه عام مناطها القواعد المهنية التي تحددها وتبين مداها، والمخالفة الواضحة للمبادئ المُسَلم بها في الفن الطبي هي وحدها التي يمكن أن تحرك مسؤولية الطبيب الذي لا يسأل إلا عن خطأ ثابت محقق.[1]

والقواعد المهنية هي تلك التي تفرضها عليه مهنته وما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظروف[2]. فلا يفرض على الطبيب التزامًا محددًا بضمان شفاء المريض، إذ يتوقف ذلك على عدة عوامل واعتبارات تخرج بطبيعتها عن إرادة الطبيب كبنية جسم المريض ومناعته وكذا حدود الإمكانيات ومدى التقدم الطبي..

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 210.
[2] أنظر سابقا الصفحة 69.

– المستوى المهني للطبيب: niveau professionnel: فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب المتخصص، ذلك أنه يطلب من هذا الأخير قدرًا من العناية تتفق مع هذا المستوى.[1]

– الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب ويعالج من خلالها المريض: كمكان العلاج والإمكانيات المتوفرة، بحيث يختلف ذلك من مستشفى مزود بأحدث الآلات والتجهيزات عن عيادة في جهة نائية منعزلة تفتقد لأدنى شيء مما ذكرناه.

– أن تكون الجهود المبذولة من الطبيب متفقة مع الأصول العلمية الثابتة: إذ لا يعقل استعمال الطبيب لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم بإتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليه اللجوء إلى تلك التي استقر عليها الطب الحديث، وله الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض والإمكانيات المتاحة واستعمالها بحيث تتفق وظروفه الخاصة.[2]

وما تجدر الإشارة إليه أن مسألة تحديد التزامات الطبيب في الوقت الحالي تختلف كثيرا عما كانت عليه في الأزمنة السابقة، وذلك بحكم التطور الهائل في المجال الطبي سواء تعلق الأمر بالنظريات الطبية أو الأساليب العلاجية أو الأجهزة والإمكانيات المتطورة وغيرها من المستجدات. الأمر الذي جعل تحديد التزام الطبيب يختلف ويخضع لضوابط تماشيا مع التطورات والمستجدات السالف ذكرها.

يدفعنا هذا للبحث في مدى التزام الطبيب، هل هو التزام ببذل عناية في جميع الأحوال باعتبار أنه غير ملزم بشفاء المريض وإنما بتقديم العلاج الفعال ؟ وما هي الحالات والضوابط التي تحدد هذا الالتزام ؟.

كما نتساءل عن إمكانية إلزام الطبيب بتحقيق نتيجة إيجابية لمصلحة المريض من خلال تدخله الطبي، وإذا كان الأمر كذلك فهل هذا الإلزام على إطلاقه أم يخضع لتقييد ما ؟.

---

[1] أنظر الصفحة 63.

[2] Joël Moret-Bailly : Responsabilité civile - règles déontologique juridiques et fautes civiles, D. H, 178e année - 1er cahier (rouge), 24 octobre 2002, n° 37/ 7090e, France, p 2823.

إضافة إلى هذه الالتزامات، ألا يمكن تصور إلزام الطبيب بسلامة المريض ؟ وبالتالي مدى إمكانية إدراج التزام الطبيب بالسلامة كأساس وقائي جديد ؟.

كما يثور التساؤل في الأخير بشأن إمكانية زيادة أو إنقاص التزامات الطبيب بموجب العقد الطبي بين الطبيب والمريض ؟[1]

هذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول:
الالتزام بــبـــذل عنـــايـــة

إن المستقر والمجمع عليه فقهًا وقضاءً كأصل عام ، أن التزام الطبيب نحو المريض هو التزام ببذل عناية (obligation de moyen) دون تحقيق نتيجة.[2]

فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل عنايته في سبيل شفائه [3] وعليه فلا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة [4]، وبالتالي نتساءل عن معيار هذا الالتزام ببذل عناية وحدوده ، فـــما هي العناية التي يجب أن يبذلها الطبيب ؟.

إن العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها والذي يعتبر مخطئا إذا قصر فيها ليست أية عناية كانت، ذلك أن هذا الأخير ملزم فقط بأن يقدم لمريضه علاجات يقظة، حذرة ومطابقة للمعطيات العلمية المعتمدة.[5]

وبالتالي فإن معيار الالتزام ببذل عناية قوامه عنصران كما يقول الدكتور باتريس جوردان patrice Jourdain هما:

---

[1] عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص 135.

[2] Jean Penneau : op.cit, p 09

عبد الحكم فوده: المرجع السابق، ص 135.

[3] Cass.1ère civ: 08/11/2000, n°1815: " contrats -concurrence -consommation ", Edition du juris - classeur, janvier 2001, Paris, p 13.

Cass.1ère civ: 09/10/1985, 28/06/1989, http:// www.caducée.net. mise à jour le : 13/11/2007.

[4] طبقا لنص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين". والمادتين 46 و47. ونص المادة 239 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم.

[5] Jean - François Carlot : op.cit. http:// www.jurisques.com. mise à jour le : 03/01/2006.

– **الالتزام باليقظة ونباهة الضمير:** حيث أن هذا الالتزام يفرض عدة واجبات إنسانية طبية كالالتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه، إعلامه، علاجه ومتابعته، والالتزام بكتمان سره ...

– **الالتزام بالعلم:** الذي ما هو إلا التزام ببذل عناية، حيث أن الطبيب مقيد بما وصل إليه العلم في المجال الطبي من تطورات مستجدة، وملزم بمتابعة هذا التطور وفق الحقائق العلمية المكتسبة.[1]

يظهر لنا جليا أن العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها، هي بحسب تعبير محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير لعام 1936 السابق ذكره " العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة ".[2]

وبالتالي يبدو واضحا أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في عنايته وفي مسلكه الطبي لا يقع من طبيب من أوسط الأطباء يقظة وحذرا في المجال ذاته، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.[3]

وعليه نشير إلى أنه لا يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن تسوء حالة المريض، بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته، ولن يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عنه مسئوليته.

وما تجدر الإشارة إليه أن واجب العناية الذي يقع على عاتق الطبيب الممارس لا يجب أن يخضع لتفسيرات مستهجنة. فلا يجوز له أن يتعدى المعقول، والمعقول يعني ما هو متعارف عليه في علم الطب وفي مجال الاختصاص. إذ لا يمكن مساءلة الطبيب عن علم ما زال في الغيب، عن شيء لا زال مجهولا، عن الذي لم تعتمده القواعد المتعارف عليها في مجال اختصاصه، هذا من جهة.

[1] Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 05.
[2] Cass.civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet- août 1999), Paris, p 07.
[3] Jean Penneau : les fautes médicales, op. cit, p 09.

ومن جهة ثانية أن الحذر الواجب أن يتوخاه الطبيب هو الحذر المعقول الذي يخضع لذات الضوابط التي يخضع لها واجب العناية.[1]

والخلاصة في هذا الأمر أن المجمع عليه هو أن الطبيب الحاذق من أواسط الأطباء لا يسأل عن نتيجة طبه طالما قام بواجبه على الوجه الأكمل مراعيا في ذلك الأصول الفنية المستقرة والمكتسبات العلمية الثابتة.[2]

وبالتالي يبدو الأمر واضحا فيما يخص زيادة أو إنقاص التزامات الطبيب، حيث أن هذا الافتراض غير سائغ فضلا على أنه غير ممكن. ذلك أن التزام الطبيب كما قلنا هو التزام ببذل العناية اللازمة التي سبق وأن أشرنا إليها، وإذا ما حاولنا الزيادة في هذا الالتزام فإننا نكون قد حملنا الطبيب ما لا يقدر عليه وتجاوزنا حدود إمكانياته. ونفس الشيء في الوجه المقابل إذا ما حاولنا الإنقاص من التزام الطبيب، حيث أننا نهمل جانب المريض وبالتالي يضيع حقه في حصوله على العناية اللازمة والعلاج المستحق.

وخلاصة القول أن الالتزام ببذل العناية من طرف الطبيب تجاه مريضه هو التزام ثابت مفروض على الطبيب في جميع الأحوال وفق العوامل التي سبق الإشارة إليها، ولا يمكن التصرف فيه بالإنقاص أو الزيادة بأي حال من الأحوال. ما عدى بعض الحالات الاستثنائية التي يلتزم من خلالها بتحقيق نتيجة وهو ما سنبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:
الالتزام بتحقيق نتيجة

إذا كان الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل العناية المطلوبة تجاه مريضه، إلا أن هذا لا يمنع من وجود حالات معينة تجعل من التزامه التزاما بتحقيق نتيجة (obligation de résultat). وهذا تماشيا مع التطور العلمي الهائل في المجال الطبي سواء من حيث النظريات العلمية أو العلاجات الطبية أو من حيث الأساليب والأجهزة والإمكانيات التكنولوجية المتطورة، الأمر الذي يجعل

[1] إلياس أبو عيد: في المسؤولية الإدارية والمدنية والتجارية والمصرفية والجزائية، المرجع السابق، ص 85.
[2] محمد عطا السيد سيد أحمد: المرجع السابق، ص 185.

عنصر الاحتمال الذي يبرر قصر التزام الطبيب على مجرد بذل العناية غير وارد من خلال الحالات الاستثنائية التي يكون التزامه فيها التزاما بتحقيق نتيجة.

وقبل أن نوضح الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، نقول أن هذا الالتزام مؤداه أن الطبيب ملزم بتحقيق تلك النتيجة التي من أجلها كان تدخله الطبي، وإلا اعتبر مسؤولا عن خطئه في عدم تحقيقها. إذ هو ليس ملزم فقط ببذل العناية اللازمة وإنما بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في نجاح ذلك التدخل ونجاعته.

ونشير إلى أن هناك تداخل كبير بين معنى الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بالسلامة مما يصعب معه في كثير من الأحيان التمييز بينهما. وهذا ما جعل الكثير من الباحثين يأتون بمفهوم آخر وسط وهو " الالتزام بسلامة النتيجة " (obligation de sécurité de résultat)[1].

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه أن الالتزام بتحقيق نتيجة ما هو في مفهومه البسيط إلا تحقيقا للنتيجة التي من أجلها كان تدخل الطبيب، وهذا لا يعني بالضرورة شفاء المريض. فقد يكون التدخل الطبي ناجحا ومجديا ومحققا لنتيجته، إلا أن النتيجة العامة لحالة المريض وهي الشفاء لم تتحقق. كما هو الشأن بالنسبة لعمليات نقل الدم، حيث أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة – كما سنبينه – وهي نقل هذا الدم سليما بمواصفاته الطبية كلها إلى المريض، لكنه غير ملزم بشفاء المريض بمجرد نقل الدم. ذلك أن حالته الصحية ليست كلها متوقفة فقط على مجرد كمية معينة من الدم السليم.

هذا كله خلافا للالتزام بالسلامة الذي يقتضي في أصله ومعناه الحقيقي ألا يتعرض المريض لأي أذى أو اضطراب في حالته الصحية مرتبط بتدخل الطبيب. بمعنى أن الالتزام بالسلامة غير مرتبط بشكل مباشر ابتداءً وانتهاءً بالتدخل الطبي.

وسوف نتطرق لمعنى هذا الالتزام الجديد بعد أن نتطرق للحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، ومن هذه الحالات:

أولا: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية: أصبح للتقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل خاصة في المجال الطبي نتيجة استخدام الكثير من الأجهزة والآلات، أثره الواضح في نجاح

[1] Olivier Dupont : D'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale…, http://www.jurisfutur.com. mise à jour le : 03/01/2006.

العلاجات الطبية والتدخلات الجراحية. الأمر الذي أثر تبعا لذلك وبصفة واضحة نتيجة تطور هذه التقنيات والأجهزة على مدى التزامات الطبيب في علاقته مع المريض، وذلك بسبب كثرة الحوادث التي تنجم عن تلك الأجهزة والأدوات. مما أدى بالفقه والقضاء الحديث إلى التوسع في تفسير أحكام المسؤولية عن الأشياء التي يستخدمها الطبيب وبالتالي التشديد في مسؤوليته.

فالطبيب يتعهد فضلا عن بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستـــقـــــرة بالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة والآلات مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض.

بحيث يسلم القضاء والفقه أيضا بالتزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام هذه الأجهزة وتلك الآلات.[1]

" والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض ".[2]

وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه[3]. ومع هذا فإنه يستطيع التخلص من المسؤولية – طبقا للقواعد العامة – بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت مردّها إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القضاء بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث بسبب تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه. كذلك الحكم بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدامه. وعن الالتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبـــب خلل في الجهاز المنظم.[4]

[1] عدلي خليل: المرجع السابق، ص 118.
[2] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 87.
[3] Tunc André : Le spectre de la responsabilité civile, R.I.D.C, n° 04, 1978, France, p 114.
[4] Cass. civ : 28/06/1960, J.C.P. 1960, 11787. et Cass. civ : 30/10/1929, J.C.P, 1929, 12924.
أشار إليهما: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 213، في الهامش رقم 04 و05.

والملاحظ أن الأضرار السابقة تعتبر منقطعة الصلة بالمريض وتستقل عن العمل الطبي في ذاته، وما ينطوي عليه من طبيعة فنية. لذا فإن الطبيب يسأل عنها مباشرة لأن التزامه بصددها هو التزام بتحقيق نتيجة هي نجاح التدخل الناجم عن تلك الأجهزة أو الأدوات في حد ذاتها وعدم إصابة المريض بأضرار من جرّائها.

أما إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطبية بما تنطوي عليه من خصائص فنية، فالأصل أن محل التزام الطبيب يكون التزاما ببذل عناية، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا أثبت تقصيره. وهذا كما أشرنا سابقا طبقا للمبدأ العام القاضي بأن الأضرار الناجمة عن الرعاية الطبية والتدخل الطبي لا يعوض عنها إلا إذا كان هناك تقصير من الطبيب لأن التزامه يكون ببذل عناية.

ومن هنا تثور مشكلة تأسيس المسؤولية الطبية في هذه الحالة، هل على أساس قواعد المسؤولية العقدية – باعتبار وجود عقد بين الطبيب والمريض – ، أم استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية المتمثلة في المسؤولية الناشئة عن الأشياء ؟.

ذهب جانب من الفقه ومنهم الدكتور عاطف النقيب [1] إلى أنه " من المقرر نصا أن يكون للمتضرر عن فعل الشيء أن يقاضي حارس هذا الشيء وأن جمع بينهما عقد وكان الضرر قد نشأ في إطار إنفاذ هذا العقد ". وهذا ما يمكن أن نستنبطه من خلال نص المادة 138 من القانون المدني باعتبار أن النص جاء عاما.[2]

" وبالتالي لا يكون من حائل دون المريض من مقاضاة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وإن جمع بينهما عقد معالجة ".[3]

إلا أن ما أقره القضاء الفرنسي هو تأسيس المسؤولية الطبية استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية المستمدة من فكرة الحراسة، حيث لا يجوز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين، بل تستبعد المسؤولية التقصيرية من مجال العقود.[4]

[1] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء ، المرجع السابق، ص 410.
[2] تنص المادة 1/138 ق.م.ج:" كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".
[3] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء ، المرجع السابق، ص 410. وأنظر الصفحة 59 و108.
[4] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 215.

حيث خرجت محاكم الموضوع عن المبدأ العام ومدت نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة وضمان سلامة المريض إلى الإصابات التي تحدث أثناء استعمال الأجهزة والأدوات تنفيذا للعمل الطبي ذاته – رغم تأكيدها في أسباب أحكامها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية – متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامة استثنائية لم يتوقعها المريض منه، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض بعد انتهاء فترة وجوده عنده سليما معافى من كل ضرر، غير ذلك الذي يحتمل حدوثه نتيجة تدخله وفشل العلاج أو تطور العلة.[1]

ويؤيد جانب كبير من الفقه هذا الاتجاه لاتفاقه مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه. فالمدين في الالتزام التعاقدي يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء أكان التزامه محدّدًا أم كان التزاما عاما باليقظة والانتباه.[2]

هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية التي تقوم على توفير الحماية للمريض وتجنبه الدخول في صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وخاصة أمام التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة.

ثانيا: التركيبات والأسنان الصناعية : تعتبر مسألة تركيب الأعضاء الصناعية (prothèse) والأسنان الصناعية (appareil prothèse dentaire) وغيرها من التركيبات الصناعية المستجدة في المجال الطبي، من الاكتشافات والأساليب الحديثة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بشلل أو عجز أو ضعف. وهي بدون شك تؤثر بطبيعتها في مدى التزام الطبيب.

حيث تثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية مسؤولية الطبيب من جانبين مختلفين:

– **الجانب الطبي:** المتمثل في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه. فهذا الجانب كأي عمل طبي يكون فيه الطبيب ملزما ببذل عناية، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه. فالطبيب يبذل الجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 88.
[2] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 391.

المناسب للمريض والعمل على تهيئته بالطريقة التي تتلاءم مع حالته وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه.[1]

– **الجانب الفني**: وهو ذو طبيعة تقنية، ينحصر في مدى سلامة العضو الصناعي وجودته. وهذا الجانب يلتزم فيه الطبيب بتحقيق نتيجة قوامها ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض. ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصُنْع أو لا يتفِق مع مِقياس الجسم أو سبَّب أضرارا للمريض.[2]

أما بالنسبة للأسنان الصناعية، فقد أثارت جدلا لدى الفقه والقضاء منذ مدة طويلة، إلا أن القضاء استقر على أن تركيب الطبيب للأسنان الصناعية ينطوي على جانبين هو الآخر:

– **جانب طبي**: يلتزم فيه طبيب الأسنان ببذل العناية الواجبة لمعالجة المريض تتمثل في بذل الجهود الصادقة اليقظة في اختيار الأسنان ووضعيتها وتركيبها لكي تـــتلاءم مع حالة المريـــض، ولا مـــسؤولية على الطـــبـــيـــب إلا إذا ثَـــبَـــت وُجُـــــود تقصير من جانبه.

– **جانب فني**: وهو الذي يلتزم فيه طبيب الأسنان بتحقيق نتيجة مقتضاها سلامة الأسنان وملائمتها لفم المريض. وتقوم مسؤوليته إذا ما أصاب الأسنان خلل أو تسببت للمريض في آلام وإصابات معينة، وكذلك في حالة عدم أداء تلك الأسنان لوظائفها المرجوة منها.

وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية: " بأن العقد المبرم بين الطبيب والعميل لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاما بعناية، محله بذل الجهود الأمينة واليقظة في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة، محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية. فإذا أخل الطبيب – ولو عن غير قصد – بهذا الالتزام ثارت مسؤوليته العقدية ويلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة باللثة. وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي وأنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان "[3].

---

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 217.
[2] عدلي خليل: المرجع السابق، ص 119.
[3] Dijon : 24/01/1952.D.1952.171.
أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص 224.

ثالثا: نقل الدم والسوائل الأخرى: يقع على عاتق الطبيب المعالج التزاما محددا بتحقيق نتيجة هو نقل دم سليم، خالٍ من أي فيروسات أو أمراض، مناسب ومتفق مع فصيلة دم المريض.
وبالتالي فإن التزام الطبيب هنا هو تحقيق نتيجة وهي سلامة مريضه من كل خطر ممكن الحدوث، بمعنى ضمان انعدام الخطر.[1]

وأي إخلال بالتزاماته يرتب مسؤوليته العقدية عن الضرر الذي لحق المريض، إلا إذا قام الدليل على أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه.

وقد أثارت قضية نقل الدم عدة إشكالات، وشغلت بال الفقه والقضاء على حد سواء ولاسيما القضاء الفرنسي الذي حدد التزام الطبيب أو مركز نقل الدم بنتيجة، بصدد عملية نقل الدم. أي ضمان ألا يترتب عن عملية النقل في ذاتها أي أضرار للأطراف [2]. وهذا بطبيعة الحال راجع للتقدم العلمي الكافي وتماشيا مع التـــقـــنيات والمستجدات الحديثة في هذا المجال.

ومعنى هذا أن التزام الطبيب ليس تحقيق النتيجة النهائية وهي شفاء المريض، بمجرد تقديم الدم السليم المناسب، وإنما ينحصر التزامه في تحقيق نتيجة وهي تقديم دم سليم وملائم.[3]

وما يمكن الإشارة إليه أنه نادرا ما يقوم الطبيب بتحليل الدم بنفسه، أو يقوم بعملية نزع الدم ونقله إلى المريض في عيادته – فإن هذا مستبعد تماما في وقتنا الحالي – إذ يلجأ في ذلك إلى طبيب متخصص (médecin d'analyses) أو مخبر للتحاليل الطبية (laboratoire d'analyses)، أو مركز متخصص كمركز تحقين الدم في بلادنا.

وفي مثل هذه الحالات – وإن كان من الثابت إمكانية رجوع المريض بدعوى المسؤولية على طبيبه لأنه يلتزم تجاهه بتقديم الدم السليم الذي يتفق مع فصيلة دمه – إلا أن التساؤل يثور حول العلاقة بين المريض والطرف الثالث الذي لجأ إليه الطبيب سواء للحصول على الدم أو تحليله ؟.

كان سائدا أن مركز نقل الدم أو مخبر تحليله يستعير التزام الطبيب في علاقته بالمريض، ليصبح التزامه التزاما بتحقيق نتيجة. لكن لا يستطيع المريض لانتفاء العلاقة العقدية بينه وبين المركز أن

---

[1] Frédérique Deloffre - Vye : Le droit pénal des lois de bioéthique (un droit pénal inhibiteur de la recherche scientifique), R.G.D.M, n° 5, France, p 94.
[2] Toulouse : 11/12/1959.D.1960.181.
مذكور عند: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 60.
[3] Yvonne Lambert -Faivre : L'indemnisation des victimes post -transfusionnelles du sida: hier, aujourd'hui et demain ..., R.T.D.C, 92 (1), janvier- mars 1993, p 03.

يرجع مباشرة على مدير ذلك المركز أو صاحب المخبر إلا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية التي توجب عليه إقامة الدليل على خطئه [1]. الأمر الذي نتج عنه ومع صعوبة إثبات خطأ المركز أو المخبر بالنسبة للمريض الطرف الضعيف في إطار إمكانياته المحدودة واقع مأساوي، إذ كثر المصابون بفيروس السيدا (الإيدز) VIH (Virus d'Immunodéficience Humaine) من جرّاء عمليات نقل الدم الملوّث بهذا الفيروس، وارتفعت نسبة ضحايا نقل الدم بشكل عام.[2]

وفي هذا الصدد نشير إلى التقرير الصادر عن رئيس صندوق تعويض ضحايا نقل الدم وتحليله بفرنسا لسنة 1993 الذي أثبت أن ما يقارب 3500 حالة إصابة بالسيدا كانت بسبب حوادث نقل الدم، من بينهم 2500 مصاب بالعدوى على قيد الحياة نجحوا في الحصول على تعويض من جرّاء إصابتهم بدم ملوث (غالبيته ملوث بفيروس السيدا)، و 1000 مستفيد كوارث أو خلف بالنسبة للضرر الحاصل بسبب تلوث الدم الذي أصاب مورثهم أو صاحب الحق الأصلي. بينما 1300 مصابين بتلوث الدم من جرّاء تحليله hémophiles contaminés قد حصلوا على التعويض.[3]

هذا الواقع جعل القضاء الفرنسي يجيز للمريض أن يرجع مباشرة على مركز تحقين الدم أو مخبر تحليله استنادا إلى قيام اشتراط لمصلحته في العقد الذي أبرمه طبيبه مع ذلك المركز. فالمريض يستطيع أن يطالبه بالتعويض نتيجة إخلاله بالتزامه بسلامة الدم الناشئ عن العقد لمصلحته.[4]

وفي خطوة جدية لتكريس حماية أكبر للمريض، فقد قرّر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1995/05/16: " أن مراكز تحقين الدم مسؤولين ولو في غياب أي خطأ عن النتائج الضارة الناجمة عن عيب أو نقص في جودة المواد الموردة " مطبقا في ذلك نظام المسؤولية عن الخطر.[5]

وتجدر الإشارة إلى أنه بظهور مرض السيدا وكثرة الإصابات بهذا الفيروس بسبب عمليات نقل الدم في بداية الأمر، وجد القضاء وخاصة الفرنسي منه نفسه في حالة من اللااستقرار خاصة فيما

---

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 86.

[2] تقرير صادر عن صندوق تعويض ضحايا نقل الدم وتحليله بفرنسا لسنة 1993. أنظر: Yvonne Lambert -Faivre :op.cit, p 23.

[3] Yves Jouhoud (président du fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles) : L'indemnisation du SIDA post - transfusionnel par le système de la loi du 31/12/1991.
La responsabilité médicale- justice et indemnisation - , Journée de formation du vendredi 23/06/1995 organisée par le C.R.F.P.A d'Orléans , à tours. France.

[4] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 61 Cass. Cham. sociale: 26/01/1995. Cass. civ : 17/12/1954.

[5] C.E : 16/05/1995. Fédération française des sociétés d'assurance (F.F.S.A) , http://www.ffsa.fr. mise à jour le : 17/04/2001.

يخص التعويض، وما إذا كان يحكم به للمتضرر شخصيا [1]، أم يحكم به حق بالنسبة للورثة أو من انتقل إليهم الحق في المطالبة بالتعويض بدل صاحب الحق الأصلي.[2]

على أن ما يهمنا وما يمكن استنتاجه كخلاصة عامة أنه من المقرر فقها وقضاء أن مركز تحقين الدم أو بنك نقل الدم أو مخبر تحليل الدم أو الطبيب المتخصص في هذا المجال يعتبر ملتزما بتحقيق نتيجة في مواجهة المستشفى والمريض. مؤدى هذا الالتزام تقديم دم سليم مناسب ومطابق للفصيلة المطلوبة وخالٍ من أي نوع من العيوب أو الأمراض. وتقوم المسؤولية إذا ثبت أن الدم يتنافى مع المواصفات والشروط السابقة.

وقد أخذ الفقه والقضاء الفرنسي بقرينة بسيطة مؤداها افتراض خطأ البنك لمجرد إصابة المريض المنقول إليه الدم بفيروس السيدا مثلا. ولا يكلف بإثبات أن سبب الإصابة هو الدم. وبدون شك أن هذه القرينة في صالح المريض المضرور حيث تعفيه من عبئ الإثبات وتسهّل حصوله على تعويض عن الأضرار التي حلت به. وهذا ما أكّده المشرع الفرنسي من خلال تقنينه لهذه القرينة.[3]
أما بالنسبة للسوائل الأخرى كالجلوكوز **glucose** والأمصال وغيرها من السوائل **sérums**، فإن نفس الالتزام بتحقيق نتيجة يقع على عاتق الطبيب عند إعطائه هذه السوائل للمريض. إذ يضمن الطبيب ألاّ يسبب للمريض أيّة أضرار، فعليه التأكد من صلاحيته وقابلية الجسم لاستعابه.

رابعا: التلقيح (التطعيم – vaccination): يقع على عاتق القائم بعملية التحصين (التطعيم) التزام محدد بسلامة الشخص الملقح، إذ يجب ألاّ يؤدي ذلك إلى الإضرار به، وهذا يقتضي أن يكون المِصل **vaccin** سليما لا يحمل للشخص أي عَدْوى مَرَضٍ من الأمراض، كما يجب أن يُعطى بطريقة صِحِيَّة مُلائِمة.[4]

أما فيما يخص مدى فعالية ونجاعة المصل أو التلقيح فهذا التزام بعناية يجب أن يبذل فيه القائم به الجهود اليقظة في اختياره واتفاقه مع الأصول العلمية الحديثة حتى تكون نتيجته إيجابية وهي تحصين المريض ضد الوباء أو المرض الذي يُخشى منه.

---

[1] Cass.1ère civ : 20/07/1993. غير منشور
[2] Cass.2ème civ : 01/02/1995. غير منشور
Cass.1ère civ : 12/04/1995, http://www.droitmedical.org. . mise à jour le : 23/08/2006.
Cass.1ère civ : 09/07/1996, http://www.droitmedical.org. . mise à jour le : 23/08/2006.
[3] القانون رقم 91- 1406 المؤرخ في 1991/12/31 والمتضمن نظام التعويض عن ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس السيدا (VIH).
[4] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 230.

وبما أن التلقيح إجباري وتقوم به الدولة[1]، فهي تسأل عن الحوادث والأضرار التي قد تنتج عن عملية التلقيح أيا كان المكان الذي تُجرى فيه. إذ هي المكلفة بضمان سلامة المواطنين في هذا الصدد. وهذا الالتزام بتحقيق نتيجة يترتب عن الإخلال به قيام مسؤوليتها، باعتبار أن القائمين بعمليات التلقيح هم دائما من العاملين لدى وزارة الصحة.

خامسا: التحاليل الطبية – les analyses médicales: تعتبر التحاليل الطبية أيًّا كان موضوعها من العمليات العادية التي لا تصادف صعوبات خاصة بالنسبة للمريض، ولا تنطوي على قدر من الاحتمال أو المخاطر كغيرها من الأعمال الطبية. لذلك فإن التزام الطبيب بالنسبة لجميع أنواع التحاليل الطبية هو التزام بنتيجة ألا وهي نجاح التحليل ودقته.

سادسا: الأدوية والمواد الصيدلانية – médicaments et produits pharmaceutiques: تعتبر الأدوية التي يصفها الطبيب لمريضه مجرد وسيلة من أجل تحقيق الشفاء أو تخفيف حدّة الآلام، إلا أنه إذا ما سببت تلك الأدوية التي يتعاطها المريض أضرارًا له، فإن ذلك يثير مسؤولية كل من الطبيب أو الصيدلي أو الصانع بحسب الأحوال كما سنُبيِّنُه.

– فالطبيب عندما يصف ويكتب لمريضه الدواء في الوصفة الطبية يخضع للالتزام العام ببذل عناية، قوامها اليقظة في أن يكون الدواء مناسبا لحالة المريض وناجعاً، ولكنه لا يلتزم بشفاء المريض. وعليه فلا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا الصدد، إلاّ إذا ثبت تقصيره إما بإهماله في اختيار الدواء أو خطئه في وصفه أو في طريقة تعاطيه. كالطبيب الذي يصف مثلا مادة ذات خصائص سامَّـــة دون أن يُبَـــيِّـــن لمريضه كيفية وطريقة وشروط تعاطيها.

أما إذا قام الطبيب بتقديم الدواء مباشرة لمريضه في عيادته أو مستشفاه الخاص، ففي هذه الحالة يقع على عاتقه بالإضافة إلى التزامه العام ببذل العناية، التزاما آخر بتحقيق نتيجة فيما يخص المواد والأدوية التي تم تقديمها[2]، مقتضاه تحقيق نتيجة تتمثل في عدم إعطاء المريض أدوية فاسدة أو ضارة أو لا تؤدي بطبيعتها وبخصائصها المعهودة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها. ويُسأل الطبيب عند إخلاله بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة ما لم يقم الدليل على وجود سبب أجنبي غير منسوب إليه.[3]

---

[1] تنص المادة 1/55 من القانون رقم 85- 05 : " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية ".

[2] Cass.1ère civ : 07/11/2000, n° 1637 FS-P, " contrats - concurrence - consommation" Editions du juris- classeur, janvier 2001, France, p 13.

[3] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 392.

- أما الصيدلي والمنتج، فالقاعدة العامة هي أن التزامه بتحقيق نتيجة، ذلك أنه مدين بالتزام محدد يتمثل في تقديم أو بيع أدوية صالحة وسليمة ولا تشكل بطبيعتها خطرًا على حياة المرضى الذين يتعاطونها.[1]

ويبدو هذا الالتزام واضحا في حالة قيام الصيدلي بتركيب الدواء بنسب معينة، إذ يسأل عن أي خلل في التركيب أو فساد عناصره وما يترتب على ذلك من أضرار أو تَسَمُّـــمات من أي نوع للمريض. وقد قضت محكمة النـــقــض المصريــــة بأن إباحة عمل الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يُجريه مطابقا للأصول العلمية المقرّرة... وخطأ الصيدلي بتحضيره محلول النِتُوكَايِـــيـــن كمخدر موضعي بنسبة 1% وهي تزيد عن النسبة المسموح بها طبيا يوجب مسؤوليته جنائيا ومدنيا.[2]

كما تقوم مسؤولية الصيدلي كذلك في الحالات التي يقتصر فيها دوره على بيع الأدوية التي تورد له من المصانع، إذ أنه قادر من الناحية العلمية على التحقق من سلامة وصحة الأدوية التي تسلم إليه لبيعها للجمهور. ولكنه يستطيع الرجوع بعد ذلك بدعوى المسؤولية على المنتج إذا ما كان العيب القائم بالأدوية يرجع لصناعتها [3]. ذلك أن المنتج هو المسؤول الأول في هذه الحالة باعتبار أن التزامه هو التزام بالسلامة [4] (obligation de sécurité). وليس هناك من سبيل من أجل حماية المرضى وصيانتهم من الأخطار التي تهدّدهم عن طريق الأدوية والمواد الصيدلانية، إلا بإثبات سلطان وسيادة الالتزام بالسلامة بالنسبة للمنتجين والبائعين المحترفين والتزامهم بهذا المبدأ بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية [5]. وقد كرّس المشرّع الفرنسي بقوة القانون مسؤولية المنتجين والموردين للمواد الفاسدة وغير الصالحة بموجب قانون 1998/05/19 المتعلق بالمنتوجات الفاسدة.

ويشترك الصيدلي مع المنتج في المسؤولية إذا كان على علم بفساد أو عدم صلاحية الأدوية، ومع ذلك استمر في بيعها.

---

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 127.
[2] نقض جنائي: 1959/01/27. مذكور عند: محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 226.
[3] رضا عبد الحليم عبد المجيد: المسؤولية القانونية عن إنتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلانية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 210 وما بعدها.
[4] Cass.1ère civ: 03/03/1998, JCP. La semaine juridique " entreprise et affaires ", n° 27, 02 juillet 1998, paris, p 1102.
[5] Janine Revereau : Responsabilité des fabricants, op. cit, p 1102.

أما إذا كان الدواء سليما ومركبا بعناية ودقة متناهية، ومع ذلك ترتب عن تعاطيه إصابة المريض ببعض الأضرار نتيجة للعوامل الداخلية أو لحساسية المريض، فلا مسؤولية على الصيدلي أو المنتج، وإنما تثور مسؤولية الطبيب الذي وصف الدواء دون القيام بالفحص الأولي لجسم المريض لمعرفة مدى قابليته لهذا الدواء.

سابعا: الجراحة التجميلية: يلتزم الطبيب فيما يتعلق بهذا النوع من الجراحة ببذل عناية جدّ يقظة، أكثر من العناية المطلوبة في العلاجات الطبية الأخرى. بل أكثر من ذلك فقد " ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن التزام جراح التقويم والتجميل هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث يسأل عن فشل العملية "[1]. وهذا نظرا لطبيعة هذا النوع من الجراحة الذي لا يكون الغرض منه علاج مرض ما عن طريق التدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويه أو عيب في الجسم. إلا أن الرأي الرّاجح فقها وقضاءً يعتبر التزام الطبيب جراح التجميل التزاما ببذل عناية، بالرغم من تشديد القضاء فيما يخص مسؤولية هذا الأخير كما سنرى ذلك لاحقا.[2]

ثامنا: عمليات نقل وزرع الأعضاء: يعتبر موضوع نقل وزرع الأعضاء البشرية من المواضيع التي أثارت نقاشا واسعا لدى فقهاء الشريعة وفقهاء القانون على حد سواء.

على أن ما يهمنا هو أن مسؤولية الطبيب المدنية تقوم بلا أدنى شك عند ارتكابه لأي خطأ طبي، كاستئصال عضو سليم بدلا من العضو المعطّل، أو كما لو أجرى للمريض عملية زرع عضو أو عملية نزع عضو خطيرة دون أن يُبَـــيِّـــن لأطراف العملية الطبية المخاطر والآثار العرضية المحتملة عن العمل الطِّـــبي.[3]

وإدراكا من المشرع الجزائري لهذا الموضوع الحسَّاس ومراعاة منه، فقد خصّص له الفصل الثالث " انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها " من المادة 161 إلى 168 من القانون رقم 85- 05، بِيدَ أنه لم يُبَـــيِّـــن طبيعة التزام الطبيب في هذه العمليات.

إلاّ أن العديد من البحوث الفقهية العربية منها والفرنسية فيما يتعلّق بعمليات نزع وزرع الأعضاء كيَّفت التزام الطبيب بأنه التزام بتحقيق نتيجة محدّدة، وهي ألاّ يصيب الشخص ضرراً ولا

---

1 محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 120.
2 أنظر المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.
3 منذر الفضل: التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1995، ص 127.

تسوء حالته مقارنة بما كانت عليه من قبل بسبب هذا التدخل الجراحي، بحيث يكون وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ.[1]

وخلاصة القول أن مسؤولية الطبيب في مجال نزع وزرع الأعضاء لا تقوم إلا على أساس الخطأ الثابت، ولا يعتبر الخطأ ثابتا إلاّ إذا كان ثبوته على وجه التحقيق. لذلك فإنه يتوجّب في عمليات نزع وزرع الأعضاء أن يكون الطبيب اختصاصي في العضو المراد نزعه.[2]

الفرع الثالث:
الالتزام بالســـلامـــة

يبدو أن الحديث عن التزام الطبيب بالسلامة **Obligation de sécurité** لازال مُبكّرًا وفي بدايته، ذلك أن معالمه لازالت لم تُحدّد بشكل دقيق في مجال المسؤولية الطبية على غرار بعض المجالات الأخرى كحماية المستهلك ومسؤولية المنتجين والبائعين والناقلين.

فنجد أن هناك من يُخلط بين الالتزام بالسلامة والالتزام بتحقيق نتيجة، ويعتبرهما شيئًا واحدا في كثير من الأحيان.

" فالالتزام بالسلامة مُقَـــدَّر لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين... فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية ".[3]

والالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بشفاء المريض، بل بألاّ يُعرِّضه الطبيب لأي أذى من جرّاء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يُعطيه من أدوية، وبألاّ يَنقُل إليه مرضا آخر نتيجة العدوى من جرّاء المكان أو ما ينقل إليه من دم أو خلافه. وذلك نظرًا لأن المريض أثناء تواجده بين يدي الطبيب أو في المستشفى يُعتبر شخصا ضعيفا، يَعْهَد بنفسه كُـــلِّـــيَة إلى القائمين عليه مقابل أجر معين، وذلك بهدف رعايته والعناية به، ويلتمس حمايته من أي خطر يمكن أن يهدِّده.

---

[1] محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 231.
[2] منذر الفضل: المرجع السابق، ص 133.
[3] Benchabane Hanifa : L'aléa dans le droit des contrats, Alger, O.P.U, Algérie, 1992, p 363.

وبناءً عليه يقع على عاتق عيادة الطبيب أو المستشفى التزام بضمان سلامة الأغذية والأدوية المُقَدَّمة للمريض، ونفس الشيء بالنسبة للأجهزة والأدوات والتحاليل المُستَخدَمَة وكلها بغرض ضمان سلامة المريض الجسدية.

ونشير إلى أن القضاء يتجه – حماية للمريض – نحو التشديد في مسؤولية الأطباء والمستشفيات، وذلك عن طريق فرض الالتزام بالسلامة من جهة، والأخذ بفكرة الخطأ المُـــضمَّـــر أو المُقَدَّر la faute virtuelle من جهة أخرى.

فالالتزام بالسلامة كما ذكرنا يبدو واضحا في حماية المريض من أي ضرر يُخِل بسلامته، حيث يجب عدم تعريضه لأي أذى من جرّاء ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أو ما يصفه أو يقدمه من أدوية.

أما الأخذ بفكرة الخطأ المُضَمَّر فيتضح من استنتاج القضاء للتقصير أو الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلّب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه. وتقوم فكرة الخطأ المقدّر أو الاحتمالي على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب.

فبالرغم من أنه لم يثبت بوجه قاطع أن الطبيب أهمل في بذل العناية الواجبة أو لم يتخذ الاحتياطات التي يوجبها عليه التزامه بالحيطة، فإن القاضي يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته.[1]

وتتحقق مسؤولية الطبيب أو المستشفى خاصة بصدد الالتزام بالسلامة، ولا سبيل لنفيها والتخلّص منها إلاّ بإقامة الدليل على أن الضرر الحاصل يرجع إلى سبب أجنبي عنه.

وقد قضى مجلس قضاء قسنطينة بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته.[2]

" ونلاحظ أنه إلى حدّ الآن كل محاولات القضاء الفرنسي لوضع التزام بالسلامة على عاتق الطبيب من أجل ضمان سلامة المريض وبدون أي ضرر قد ينتج عن التدخل الطبي قد كُرِّسَت من

---

[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 29.

[2] محكمة قسنطينة، غ.إ: 1981/05/20 - سبق ذكره -.
وإن كنّا نتفق مع محكمة قسنطينة فيما انتهت إليه، إلاّ أننا نرى أن التكييف الذي أعطته لالتزام المستشفى في هـــذا الصدد وهو سوء التسيير والإدارة والتزام ببذل عناية في غير موضعه، إذ الصواب أن التزام المستشفى في هــذه الحالة التزام بسلامة المريض.

طرف محكمة النقض "[1] التي ترفض أي متابعة لهذا التقدم والنشاط خارج حالات العدوى الناشئة في المستشفيات infections nosocomiales.[2]

بالرغم من أن القضاء الفرنسي يؤكد على قبول الالتزام بالسلامة في المجال الطبي، خصوصا في حالات الضرر الحاصل بسبب الأشياء المستخدمة في تنفيذ عمل طبي مثل فحوصات الأشعة، جراحة التجميل، الجراحة، أطباء العيون، التدليك الطّبي...[3]

وقد صدر قرار لمحكمة النقض الفرنسية يرتب التزاما بالسلامة على عاتق جرّاح أسنان، بسبب الضرر الذي سببه لمريضه من جرّاء آلة تستخدم في جراحة الأسنان.[4]

وقد استند الفقه في تأكيده لوجود الالتزام بضمان السلامة إلى أن العقد الطبي يستجمع الشروط أو السمات التي درج الفقه على ضرورة توافرها للاعتراف بوجود هذا الالتزام في عقد ما. ومن هذه الشروط:

- وجود خطر يتهدد سلامة أحد المتعاقدين الجسمية. وهذا الشرط ليس بحاجة لتوضيح، إذ أن العقد الطبي أصبح في ظل التقدم العلمي التكنولوجي وتعقد الأجهزة الحديثة يبرز كغيره من العقود في هذا المضمار.

- أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الآخر، وليس المراد من ذلك أن يكون المتعاقد في حالة خضوع كلي، بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته الجسمية كما هو الحال بالنسبة للمريض الذي يعهد بسلامته أثناء العملية الجراحية للطبيب. بل أكثر من ذلك يراد أي نوع من الخضوع سواء كان من الناحية الحركية أو الفنية أو الاقتصادية.

- أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا [5]. وذلك راجع لما يتوافر عليه هذا الشخص من خبرة ودراية بأصول مهنته أو حرفته، ومن تم كان طبيعيا أن يراعي المهني (الطبيب) هذا الاعتبار. فلا يُقْدِم على ممارسة مهنة الطب إلا من كان أهلا لها محيطا بالأصول العلمية والخبرات الفنية التي تُمكِّنه من ممارستها على أكمل وجه، حتى يكون في موضع الثقة التي يوليها له عملاؤه.

---

[1] Jean Penneau : la responsabilité du médecin, p 12.

[2] Cass.1ère civ: 25/02/1997, Responsabilité civile et assurances, Edition du juris- classeur, Hors-série (juillet - août 1999), Paris, p 09.

[3] Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 06.

[4] Cass. 1ère civ: 22/11/1994, Patrice Jourdain : op.cit, p 07.

[5] جابر محجوب علي: ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة (القسم الثاني)، مجلة الحقوق، العدد الرابع (ديسمبر 1996)، الكويت، ص 241، 242، 243.

وفضلا عن ذلك فإن الالتزام بالسلامة باعتباره إحدى الوسائل التي تُيَــسِّر قيام مسؤولية المدين به، فإنه يرتب أعباء مالية على عاتق هذا الأخير لا سبيل له لمواجهتها إلا عن طريق التأمين. وتبعا لذلك كان من الطبيعي ألاّ يُطبَّق هذا الالتزام إلاّ على ذوي المهن، لأنهم وحدهم الذين تتوافر لديهم الإمكانيات المادية لإبرام عقد تأمين يستطيعون بموجبه تغطية مسؤوليتهم.[1]

بقي أن نشير في الأخير أننا نواجه مشكلة تعميم الالتزام بالسلامة الطبية، وذلك نظرًا كما سبق وأن قلنا أن موضوع الالتزام بالسلامة لازال في بدايته وفي خُطُواته الأولى.

هذا الواقع يجعل التزام الطبيب بالسلامة يصطدم بعَقَبَتَيْن أساسيتين:

– **الأولى:** اقتصادية: تتمثل في ارتفاع أسعار تكاليف الضمان، حيث يجد الأطباء وخاصة المختصون منهم أنفسهم في خطر بشأن قدرتهم على مواجهة النفقات المتولدة عن ازدياد الأقساط[2]. الأمر الذي ينتُج عنه عدة مشاكل منها: اختفاء العلاج بالمجان، اضطرار الأطباء لتقاضي الأجور الباهضة لتغطية نفقات أقساط التأمين، ظهور وتنافس شركات التأمين المتخصصة في تغطية الأطباء لدى ممارستهم لمهنتهم...[3]

– **الثانية:** تقنيّة: تقوم في حدود مجال أي التزام. وعليه لكي نُخفّض قليلا مجال تطبيق الالتزام بالسلامة، فإنه في الإمكان إضافة معيار نابع من الفعل الضار يتطلّب أن يكون قابلا للاقتطاع ماديا ومعنويا في النشاط الطبي العادي.[4]

لكن ما يمكن قوله في الختام أنه إذا كانت صعوبات بَــدء تنفيذ التزام الطبيب بالسلامة لا يمكن تجاوزها، فإنه محقّق طبيعيا أن إقرار قانون ما، سيكون الوسيلة الأفضل لتحسين وضعية ضحايا الحوادث الطّبية.

إن ما يمكن أن نصل إليه في الأخير أن المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا، قد مرّت بمخاض عسير منذ أكثر ما يزيد عن قرن من الزمن – ولازالت، وإن تمكنت من قطع أشواط كبيرة، ترتب عنها تغيّر واضح في المنظومة القانونية الخاصة بها.

---

[1] جابر محجوب علي: المرجع السابق، ص 244.

[2], [3] Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin,op. cit, p 07.

[3] محمود سليمان البدر: المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني (شعبان 1401هـ/ يونيو 1981م)، الكويت، ص 98.

وفي المجال الطبي رأينا كيف تأثرت قواعد المسؤولية الطبية، من خلال المساس بركنها وأساسها وهو الخطأ، وما تعرّض له هذا الأخير من تصدّعات ساهمت في إضعافه وتراجعه. إضافة إلى عدة عوامل ومتغيّرات كان لها الأثر الواضح في تعطيل دور الخطأ والنيل من مكانته.

ومن هذا المنطلق فإن رفض أو قبول الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب يرتبط بما أصاب المسؤولية المدنية من تدهور، وبما ينشأ أيضا من مُبالغات القضاء في تقدير هذه الفكرة، لذلك يبدو مهما تحديد الإطار الحقيقي لفكرة الخطأ.

فمن ناحية يجب أن ندرك أن الخطأ فكرة متغيرة في شكلها، وتتنوع من مجرد الإهمال إلى الخطأ العمدي، ولا يجوز توحيد المعاملة بين هذه الأنواع المختلفة. وفي جميع الأحوال يكفي توافر خطأ ثابت ومحقق، أكيد ومتميّز لانعقاد مسؤولية الطبيب كما أوضحنا ذلك. وحينئذ تحظى الأخلاق الاجتماعية بالدور الجديد بها، بحيث يمكن التعامل حتى مع الأخطاء الأخرى العمدية والجسيمة. ولذلك لا يجب هنا تشبيه الغلط بالخطأ – لاسيما في المجال الطبي [1]، ذلك أنه لا يمكن تجنب الأول حتى من قبل الطبيب اليقظ الأكثر خبرة وتخصصا ورصانة واتزانا.

لذلك يبدو من المفيد جدا بذل مزيد من الجهد من أجل تنقية فكرة الخطأ مما شابها أو يشوبها مستقبلا من غموض أو خلط أو تقصير، وإلا فإن المسؤولية عن الفعل الشخصي ستصبح صعبة جدا، مما يفتح بالضرورة باب اللجوء إلى الحيلة.

من ناحية أخرى وتكريسا لحماية أكبر للمرضى وحفاظا على مكانة الخطأ، يقتضي الأمر تقليص دوره كمصدر وحيد للمسؤولية المدنية، وذلك من خلال قبول التعويض التلقائي لكل الأضرار الجسدية. حيث يتمتع المريض بميزة مهمة تتمثل في الإعفاء من عبء اثبات خطأ الطبيب، وإن كان ذلك قد أدى بطريقة غير مباشرة إلى تشويه بعض المفاهيم التي كانت محددة بدقة.

ومع هذا كله فما تجدر الإشارة إليه، أنه وإن كان دور الخطأ يتقلص في بعض المجالات، كالمسؤولية عن فعل الأشياء، فإنه بالمقابل يكتسب ميدانا جديدا لاسيما بالنسبة للمسؤولية المهنية. فالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يدعم الأخلاق الاجتماعية، غير أن المحافظة على هذا المفهوم الحقيقي لهذا الخطأ تقتضي تحديد مجالات محددة له. وهكذا يكون استبعاد الأضرار الناجمة عن

[1] Voir : Jean Penneau : Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op. cit, p 11- 31.

الحوادث الطبية مثلا من مجال الخطأ، لا يتعارض والاعتراف بالأهمية الاجتماعية والقانونية للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية بصفة عامة.

وبناء على ذلك وارتباطا بالمفهوم الحقيقي المحدد للخطأ، يحدونا الأمل في ازدهار الأنظمة القانونية الخاصة المتعلقة بالتعويضات التلقائية والمحددة - وإن كان يجب أن يكون معلوما أنها تمارس دورها خارج مجال الخطأ، من أجل أن تساهم وتتعاون معه لملاحقة التطورات العلمية والاجتماعية المعاصرة، باعتبارها ليست بديلا كاملا عنه.

فالخطأ رغم عمره المديد، إلا أنه لازال يتمتع بقوته ومكانته وحيويته، التي تكفل له منزلته ومستقبله في إطار المسؤولية المدنية. فهو كالظل للشجرة لا يُفارقها، يضعُف ويصغُر حجمه في أوقات من اليوم، ويقوى ويكبُر في أوقات أخرى. وهكذا يظل الظل ملازما للشيء مادامت الشمس لم تغب.

ولما كان الأمر كذلك، كان جدير بنا أن نتعرض لتطبيقات هذا الخطأ في المجال الطبي، من خلال مجالاته المختلفة، وما يثيره هذا الجانب من إشكالات بشأن صور الأخطاء الطبية وتباينها، وكذا إثباتها وانعقاد المسؤولية بشأنها. من خلال الباب الثاني من هذه الرسالة.

لإثبات الخطأ الطبي أهمية بالغة تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، فإثبات الخطأ الطبي يعني إثبات ركن مُهم وأساسي في المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية بوجه خاص. إذ متى استلزم الأمر أن يُثبت المريض خطأ الطبيب و لم يستطع ذلك فلا مسؤولية على هذا الأخير، وكذلك إذا استطاع الطبيب نفي إدعاء المريض بوجود خطأ من جانبه فإنه يتخلّص من المسؤولية.

وغنيّ عن البيان أن مسألة الخطأ شائكة ومتداخلة، تحتمل الشّك وتَستعْصي عن التحديد، ولاشك أن هذا ينعكس برُمّتِه على إثبات الخطأ في جانب المسؤول، فيجعل منه أمرا صعبا، ولاسيما إذا تعدد الأشخاص الذين يُمكن أن يُنسب إليهم الخطأ.

وإذا كانت بديهيات العدالة تقتضي حصول المضرور على تعويض عادل عمّا أصابه من ضرر، فإن الحصول على هذا التعويض لا يزال وفقا للقانون مُرتبطا إلى حدّ كبير من حيث المبدأ، بضرورة وجود خطأ طبّي من قِبَل المدعى عليه (الطبيب)، وإثبات هذا الخطأ من قِبَل المريض المضرور. فإذا ما تعذّر على هذا الأخير مثل هذا الإثبات، فمعنى ذلك الحُكم مسبقا عليه برفض ما يدّعيه. لذلك يُقال للتدليل على أهمية الإثبات " أن الحق يتجرّد من قيمته ما لَم يقُم الدليل على الحادث المُوجِد له، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا، إذ الواقع أن الدليل هو قَوام حياة الحق ومَعقِد النّفع فيه ".[1]

والإثبات يُقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحدّدها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية مُتنازع فيها.[2]

ولّما كانت الواقعة محل الإثبات في مجال بحثنا هذا هي الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدّعى عليه، فإن الإشكال يثور بشأن جدّية وقُدرة المريض على إثبات خطأ الطبيب، إذ يُشكّل ذلك عبئا

---

[1] انظر في ذلك: سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية، الجزء الأول- الأدلة المطلقة- ، دار عالم الكتب، مصر، 1981، ص 12.
محمود جمال الدين زكي: المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 2001، ص 11.

[2] إدوار عيد: قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الجزء الأول، مطبعة النشر، بيروت، 1961، ص 13.
وقريبا من هذا التعريف راجع: رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (النظرية العامة في الإثبات)، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 12.
سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 03.

حقيقيا على عاتق المريض [1] باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التي تربِطُه بالطبيب. فزيادةً على كَوْن المريض في وضعٍ صحّي ونفسي مُتدهور وسيّئ لا يسمح له في كثير من الأحيان بإقامة الدعوى ومُتابعتها في مواجهة الطبيب، فهو فضلا عن ذلك يجهل الكثير من المعطيات الطبية والأساليب العلاجية والأصول العلمية الطبية، بل ربما قد يكون فاقدا للوعي أثناء وقوع الخطأ الطبي.

إن هذه الأحوال الصّعبة جعلت من قدرة المريض على إثبات الخطأ الطبي أمرا بعيد المنال، مما يجعل غالبية المرضى في وضعية سيئة تُبقيهم دون تعويض، لتَعذُّر إثباتهم أخطاء الأطباء. الأمر الذي دفع بالقضاء وإدراكا منه لصعوبة إثبات الخطأ الطبي بهذه الوسيلة، ورغبة في مساعدة المرضى المتضرّرين إلى إدخال تعديلات جوهرية فيما يتعلق بعبء وكيفية إثبات الخطأ الطبي.

ولاشك أن هذه الإشكاليات القانونية التي يُثيرها موضوع إثبات خطأ الطبيب تقتضي التطرّق أولا لمسألة عبء إثبات هذا الخطأ من ناحية (المبحث الأول)، ثم بيان كيفية إثباته من ناحية أخرى (المبحث الثاني).

المبحث الأول:
عبء الإثبات

سبق وأن أشرنا فيما تقدم أن الإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق أو الأثر القانوني المدعى به.

يُستفاد من هذا التعريف أن المقصود بعبء الإثبات هو واجب الخصم الذي يَدّعي حقا في إقامة الدليل عل صحة ما يدعيه، بمعنى يجب عليه إقناع القاضي بالوسائل التي يُحدّدها القانون على صحة ما يدعيه ويُنازعه فيه خصمه.

[1] محكمة التمييز اللبنانية: 2004/03/09، المصنف في القضايا المدنية، بيروت، 2004، ص 216.
وانظر: قرار محكمة استئناف جبل لبنان رقم 80 الصادر بتاريخ: 1987/10/08، الغرفة الرابعة، المستشار القضائي، موسوعة الأحكام القضائية، دار الكتاب الإلكتروني، لبنان، بدون تاريخ، ص 117.

ويُفَرّق في هذا الصدد بين عبء الإثبات بهذا المعنى من ناحية، وعبء الإدلاء بالوقائع من ناحية أخرى. فالعبء الأول لا يظهر دوره إلا بعد أن يكون الخصم قد قام بما يفرضُه عليه عبء الإدلاء بالوقائع، وإنكار خصمه حقيقة هذه الوقائع المدلى بها ضده.[1]

وتتفق معظم التشريعات على قاعدة تكليف الخصم الذي يدّعي أمرًا مُعينا بإقامة الدليل على ما يدّعيه، وإلا اعتبر إدعاؤه غير مؤسس مما يقتضي رفضه وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في الباب السادس من الكتاب الثاني من التقنين المدني المعدل والمتمم.[2]

وقد وضعت الشريعة الإسلامية أصول وقواعد الإثبات، انطلاقا من قول الله I: " يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًا بِجَهَٰلَةٍ فَتُصْبِحُواْ عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ "[3]. كما أقرّت السنة الشريفة ضوابط عبئ الإثبات بما ثبت عن النبي ρ أنه قال: "لو يُعطى الناس بِدَعوَاهم لادّعى رجال أموالَ قومٍ ودماءَهم، ولكن اليمين على المدعى عليه ".[4]

لذلك وضع الفقهاء قاعدتهم المشهورة " البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر".[5]

وبناءً على ما تقدّم فإن عبء الإثبات يقع على المدعي **demandeur** وهو الخصم الذي يبدأ إجراءات الدعوى، مُطالبا غيره بحقٍ معين. ولاشك أن هذا الخصم يَدّعي أمرا معينا، فيقع عليه بالتالي إثبات ما يدّعيه.

ونَودّ أن نُنبّه إلى أن الخصم الذي يقع على عاتقه عبء الإثبات لا يلتزم بإثبات جميع الشروط اللاّزم توافرها لوُجود الحق المُدَعى به، بل يُكتفى منه بإثبات الشّروط التي تجعل وجود الحق مُرجَّحا **vraisemblable**. ذلك أن من يتحمّل عبء الإثبات ليس مُطالبا في الواقع بإثباتٍ كامل وقاطع، وإنما يكفي أن يُقنع القاضي بأن الأمر الذي يدّعيه أمر مُرجُّح الوقوع، بحيث يمكن

[1] إدوار عيد: موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء الثالث عشر- الإثبات (القسم الأول)، دون دار نشر، لبنان، 1991، ص 116.
[2] تنص المادة 323 على ما يلي " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".
[3] الآية 06 من سورة الحجرات.
[4] حديث صحيح متفق عليه.
[5] سليم رستم باز: المرجع السابق، ص 778 وما بعدها.
وانظر تفصيلا لذلك: محمد فتح الله النشار: أحكام وقواعد عبئ الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص 56 وما بعدها.
وانظر أيضا: محمود عبد الرحيم الديب: أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص 88 وما بعدها.

التسليم بوقوعه فعلا. والقاضي بما مَنَحه المشرع من سلطة واسعة في إعمال القرائن القضائية [1] وما تُخوِّله له من استنباط وسلطة تقديرية، ينفي ما بقي من شُكوك تَحُوم حول الأمر الذي يدّعيه، بأن يَنقُل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليُثبت أنه بالرغم من الظواهر التي تُرجِّح وقوع هذا الأمر، فإن هناك قرائن أخرى تجعل ما هو راجِح مَرجُوحًا. فيَردّ القاضي عبء الإثبات إلى الخَصم الأول ليَهْدِم هذه القرائن بقرائن أخرى تُعيد للأمر كفّة الرُجْحان.

وهكذا يَتَقاذَف الخَصْمان الكرة كلٌ منهما يَدفعُها إلى صاحِبه،إلى أن يَعجِز أحدهما عن ردّها، فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة.[2]

وتتأكد الإشكالات القانونية المرتبطة بمسألة الإثبات في مجال الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية عموما، ذلك أنه إذا كان المريض في الأصل هو المدعي، حيث يدعي خطأ الطبيب المعالج، فعليه عبء إثبات ما يدّعيه. غير أن هذا العبء لا يعني تحمّله إلى نهاية النزاع[3]. إذ يُمكن تبادُله وتنقُّله بين الخصوم، بحسب قدرة كل واحد منهم على إقناع القاضي بما يُرجِّح إدعاءاته. وقد رأينا ما يَتمتّع به القاضي من سُلطة تُمكّنُه من تخفيف هذا العبء ونَقلِه من خصم لآخر، ثم أن هذه الإشكالات تتأكد نظرا لوضعية المريض المضرور، إذ يتعيّن عليه إقامة الدليل على ثبوت خطأ الطبيب. ولاشك أن ذلك يشكل عبئا حقيقيا يقع على عاتقه ويجعل من قدرته على النهوض بهذا العبء عنصرا حاسما في سبيل الحصول على تعويض يُجبر ما أصابه من ضرر.

نتيجة لهذه المعطيات والإشكالات المتداخلة، حاول القضاء ولاسيما الفرنسي منه، تلمُّسَ والبحث عن طرق أخرى للحدّ من هذا العبء المكلّف به أصلا هذا المريض المضرور، في توجُّهٍ منه نحو إعفاء المريض من إثبات الخطأ الطبي.

وعلى ذلك سنتطرق لعبء إثبات المريض لخطأ الطبيب في مطلب أول، ثم التوجّه نحو إعفائه من الإثبات في المطلب الثاني.

[1] انظر المادة 340 و 348 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
[2] عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 114.
[3] محمود جمال الدين زكي: المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، المرجع السابق، ص 154.

المطلب الأول:
إثبات المريض للخطأ الطبي

أشرنا فيما سبق إلى أن القواعد العامة في تحديد المكلف بعبء الإثبات، تجعل من المريض في دعوى المسؤولية بمثابة المُدعي الذي يتعيّن عليه إقامة الدليل على ما يدّعيه من خطأ الطبيب. فمتى لحق المريض ضررا من الطبيب، وجب عليه أن يُثبت إهمال الطبيب أو انحرافه أو عدم مراعاته الأصول العلمية وقواعد المهنة الطبية.

وقد استقر القضاء المدني على ذلك سواء كان الخطأ الذي يدّعيه المريض من قَبيل الأخطاء المتّصلة بالأصول الفنية لمهنة الطب، أو تلك المتعلقة بالواجبات الإنسانية والأخلاقية [1] ما لم يُثبت الطبيب أن إخلاله بتنفيذ التزامه، وتقصيره في بذل العناية اللازمة إنما يرجع إلى سببٍ أجنبي، فلا تقوم علاقة السببية حينئذ ولا تتحقق المسؤولية.

كما لا تُؤثّر طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية كانت أم تقصيرية، في تحديد من يقع عليه عبء إثبات خطئه، بقَدر ما تؤثر في ذلك طبيعة التزام الطبيب. إذ متى اعتُبِر التزام الطبيب بعلاج المريض التزاما ببذل عناية وهو الأصل، فإنه يقع على هذا الأخير عبء إثبات خطأ الطبيب. بينما متى اعتُبِر التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة في حالات استثنائية كما سنرى ذلك لاحقا، فإن قواعد الإثبات تختلف، إذ يكتفي المريض بإثبات وجود التزام الطبيب وأن الضرر الذي أصابه أثناء تنفيذ الطبيب لالتزامه لعدم تحقق النتيجة المقصودة، ويُعتبر هذا إثباتا منه لإخلال هذا الأخير بالتزامه، فتقوم مسؤولية الطبيب في هذه الحالة دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدّد.

ولاشك أن إثبات خطأ الطبيب فيما يتعلق بالتزامه ببذل عناية، ينطوي على جملة من الصعوبات والحواجز التي تُعيق المريض وتُثقِل كاهِلَه في مسألة الإثبات، وهذا ما أردنا الإشارة إليه في هذين الفرعين.

[1] وقد تعرضنا لصور وتطبيقات كلا الصنفين من الأخطاء الطبية في الفصل السابق.
انظر في ذلك: محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 177.

الفرع الأول:
عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية

لا يختلف مضمون التزام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، سواء ارتبط مع المريض بعقد أم أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح [1]. لذلك تقع على عاتق المريض فضلا عن إثبات التزام الطبيب بعلاجه طبقا للعقد أو اللوائح، إثبات أن الطبيب لم يُنفّذ التزامه ببذل العناية المطلوبة، وذلك بأن يُقيم الدليل على إهماله أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة. وبصفة عامة التدليل على انحراف الطبيب المعالج من السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه وُجِد في نفس ظروفه الخارجية.[2]

ومفاد ذلك أنه لا يكفي المريض لإثبات خطأ الطبيب الذي لم يلتزم إلا ببذل عناية، أن يُقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه، بل يجب عليه فضلا عن ذلك أن يُثبت أن عدم التنفيذ يُعدّ خطأ في حق الطبيب[3]. وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لُمجرّد إصابة المريض بالضّرر ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن يَنفِيه بإثبات العكس، أي إقامة الدليل على أنه بَذل في تنفيذ التزامه ما يَنبغي من عناية.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير **Mercier** بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام، سوى الالتزام بتقديم العناية الحذِرة والمُطابقة للمعطيات العلمية المُكتسبة، وإذا ادّعى المريض أن الطبيب قد قصّر أو أهمل في تنفيذ هذا الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك.[4]

---

[1] سليمان مرقس: المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 48.
أحمد أدريوش: مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- جامعة محمد الخامس-، الرباط، 1983- 1984، ص 182، 183.

[2] طاهري حسين: الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 59.
وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 270.

[3] سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 82.

[4] Cass. civ : 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors- série,(juillet- août 1999), Paris, p 07.

كما قضت ذات المحكمة بأنه لما كان العقد الطبي لا يُولِّد التزاما بتحقيق نتيجة، إنما فقط التزاما ببذل عناية، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب.[1]

وقد تساءل النائب العام ماتر Matter بصدد هذا الحكم في مُرافعته أمام محكمة النقض، والتي طالب فيها باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، عمّن يقع عليه عبء إثبات الخطأ في هذه الحالة. حيث أجاب عن هذا التساؤل دون تردّد بأن هذا العبء إنما يقع على المريض، الذي يجب أن يُثبت خطأ الطبيب. وهذه هي النقطة الوحيدة التي تقترب فيها المسؤولية التعاقدية للطبيب من المسؤولية التقصيرية، بل تندمج معها. ثم يُؤيّد رأيه بأن العقد إنما يُلزم الطبيب ببذل عناية يقظِة ومُوافِقة للعلم، وبالتالي فإن على المريض أن يُثبت إخلال الطبيب بهذا الالتزام.[2]

فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض وإنما يلتزم فقط ببذل عنايته في سبيل شفائه [3]، وعليه فلا يُسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة.[4]

ولاشك أن العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها، والذي يُعتبر مُخطئا إذا قصّر فيها، ليست أية عناية كانت، وإنما هي العناية التي تقوم على عنصرين هامين وهما :

– **الالتزام باليقظة ونباهة الضمير:** حيث أن هذا الالتزام يَفرض عدّة واجبات إنسانية طبية، كالالتزام بالحصول على إذن المريض ورضاه، إعلامه، علاجه ومتابعته، والالتزام بكتمان سره...[5]

Cass.civ: 28/06/1939, S. 1940, 1, 75, Dalloz périodique, 1940, n° 1, p 164 : "Attendu, sans doute, que le médecin ne contracte vis-à-vis de son client, d'autre obligation que celle de lui donner des soins consciencieux, attentif, conformes aux données acquises de la science qu'en conséquence, si le malade prétend qu'il manque à cette obligation, c'est à lui, par application du droit commun, qu'il incombe de la prouver ... "

[1] Cass.civ: 13/07/1949.

أشار إليه: جوزيف داود: المرجع السابق، ص 42.

[2] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 165.

[3] قرار مجلس قضاء قسنطينة- غرفة الاتهام- بتاريخ: 2001/11/26، قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)، ملف رقم 297062، حيث جاء فيه :" أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وما دام قد بذل عنايته المطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني ".

Cass. 1ere civ: 08/11/2000, n° 1815,"contrats- concurrence- consommation", Edition du juris- classeur, Janvier 2001, Paris, p 13.

Cass. 1ere civ: 09/10/1985 et 28/06/1989. http://www.caducée.net, mise à jour le 25/08/2008.

[4] طبقا لنص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ". والمادتين 46 و47 من المدونة، والمادة 239 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم.

[5] قرار تعقيبي جزائي رقم 13422، المؤرخ في: 2002/02/12، اجتهادات قضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006، ص 261- 266.

– **الالتزام بالعلم**: الذي ما هو إلا التزام ببذل عناية، حيث أن الطبيب مقيَّد بما وصل إليه العلم في المجال الطبي من تطورات مستجدة، ومُلزَم بمتابعة هذا التطور وفق الحقائق العلمية المكتسبة.[1]

غير أن مسألة عبء الإثبات المُلقى على عاتق المريض، قد عرفت انحرافا في مواطن عدّة، حيث انتقل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب في كثير من الحالات، كما افتُرِضَ الخطأ مباشرة في ذمة الطبيب بمجرّد إصابة المريض بضرر في مواطن أخرى.

ولعلّ التغيّر في هذا المَنحى قد فرضته الصّعوبات التي تواجه المريض في إثبات خطأ الطبيب، بل أكثر من ذلك ضَياع حقه في التعويض في كثير من الأحيان نتيجة عجزه عن إثبات ما يدّعيه من خطأ الطبيب. ففيما تتجلى تلك الصعوبات ؟ وما دورها في رسم معالم جديدة لإثبات الخطأ الطبي ؟.

الفرع الثاني:
الصعوبات المرتبطة بعبء الإثبات

تتباين الصّعوبات التي يُواجهها المريض في إثبات الخطأ الطبي، بين كَوْن ما يُثبته هو واقعة سلبية من ناحية، وصعوبات وتعقيدات الخبرة الطبية من ناحية ثانية، وتحمّل المريض لنتائج ومخاطر عبء الإثبات من ناحية أخرى.

[1] Patrice Jourdain: Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 05.
Voir aussi: Jean Penneau: Les fautes médicales, op. cit,, p 09.

البند الأول:

عبء إثبات واقعة سلبية

إذا كان بعض الفقه قد رحّب بما كرّسه القضاء من تكليف المريض بعبء إثبات الخطأ الطبي باعتباره مُدّعيا في مفهوم قواعد الإثبات، فإن الصّعوبات التي يُواجهها المريض للنهوض بهذا العبء لم يُنكرها إلا مُعاند.

ذلك أن البعض يصف تحمّل المريض لعبء الإثبات بأنه " ظلم له "[1]،في حين أن البعض الآخر لا يُخفي " إشفاقه " على المريض من تحمّله هذا العبء.[2]

ولئِن كان عبء الإثبات يُمثل في ذاته مَشقّة لكل من يُلقى به على عاتقه، فهو من المؤكّد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي – تعتبر في كثير من الحالات – تكليفا بما لا يُطاق، وذلك نظرا لخصوصية العلاقة بين الطبيب والمريض من ناحية، ولظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى.

فالعلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، يُعاني أحد طرفيها من المرض ويضع ثقته وأمله في معاونة الطبيب له على مواجهة ما يعاني منه، بل ويطمح إلى نجاحه في تخليصه منه. ما يعني أنه لا يُتصور قيامها إلا على الثقة المتبادلة بين طرفيها، هذه الثقة تحول في الواقع دون استعداد المريض المُسبَق بحصوله على دليل يُمكّنه الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب.

وتزداد صعوبة الإثبات إذا ما واجه المريض المتضرر صمتًا من قِبل الطبيب المخطئ أو مساعديه، بحجّة المحافظة على السرّ المهني أحيانا، وإظهارًا للتضامن بين زملاء المهنة تارة أخرى.[3]

كما تتضاعف صعوبة إثبات الخطأ الطبي أثناء تقدير القاضي لهذا الخطأ والتحقّق من ثُبوته، ذلك أن القاضي يتعيّن عليه أن يستخلص الخطأ الطبي المتمثل في الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم من كافة عناصر الدعوى. دون أن يصِل به المقام إلى الخوض في النظريات العلمية، ولاسيما إذا كانت محل خلاف بين أهل العلم والخبرة.

---

[1] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 51.
[2] علي حسين نجيدة: التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 132.
[3] محمد حسن قاسم: إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 64.

وعلى هذا الأساس نشير إلى ملاحظتين هامتين فيما يتعلق باستخلاص خطأ الطبيب في ممارسة عمله الفني وهما :[1]

الملاحظة الأولى: أن تحديد مدى مطابقة تدخل الطبيب للقواعد الفنية للمهنة والأصول العلمية الثابتة، إنما هو عمل فني لا يستطيع القاضي بسبب عدم توافر المعرفة الكافية لديه بالمسائل الطبية أن يخوض فيها، أو يتصدّر لمناقشتها وتقدير خطأ الطبيب بنفسه. إذ يتعيّن عليه أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المتخصصين ذَوُوا الكفاءات المهنية[2]، وإن كان الفقه لا يُخفي قلقه ومَخاوِفَه من هذا الطريق أيضا وينبّه إلى ما قد يلجأ إليه الخبراء في الطب من محاولات لتغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم.[3]

الملاحظة الثانية: يَتوجّب على القاضي حين تقديره لخطأ الطبيب أن يلتزم غاية الحكمة والحذر، فلا يعترف بهذا الخطأ إلا إذا ثبت له ثبوتا واضحا بأن الطبيب قد خالف عن جهل أو تهاون الأصول الفنية الثابتة والقواعد العلمية الأساسية التي لا تَدع مجالا للشّك أو النقاش، والتي يفترض في كل طبيب من مستواه أن يعرفها. فليس للقاضي أن يُقحِم نفسه في هذا النقاش العلمي للترجيح بين وجهات النظر، أو تغليب أسلوب علمي على آخر.[4]

البند الثاني:
صعوبات وتعقيدات الخبرة الطبية

---

[1] بن صغير مراد: رسالته السابقة، ص 74.
[2] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف.ب) ضد (ب.ن ومن معها)، م. ق، العدد الثاني، 2003، ص 289-291. حيث جاء فيه:" أن المرض العقلي الذي يمنع التصرف القانوني يثبت بخبرة طبية فنية تكون صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية ".
[3] مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء. بحث ضمن كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 108.
وانظر كل من: وديع فرج: مسؤولية الأطباء والجراحين الجنائية، المرجع السابق، ص 401.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 214.
Voir aussi: Boussouf- Hamana Naziha: L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue "science humaines", n° 13, Juin 2000, université Mentouri- Constantine (Algérie), p 07, 08.
Maire Hélène Seugy: L'assurance responsabilité civile des chirurgiens, France, 1989, p 75.
[4] صفاء خربوطلي: المرجع السابق، ص 89.
عدلي خليل: المرجع السابق، ص 181، 182.
محمد هشام القاسم: الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 16.

إثـــبـــات الخطـــأ الــــطـــبي

تُعدّ الخبرة أحد أهم طرق الإثبات التي يلجأ إليها القاضي- ولاسيما في المجال الطبي- لإثبات ما قد يقع من أخطاء الأطباء. وقد كرّس المشرع الجزائري إجراء الخبرة في عدة نصوص قانونية منها قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمّم من خلال المواد من 143 إلى 148 [1]، والمادة 126 وما بعدها من ق.إ.م.إ، وكذا المواد من 95 إلى 99 من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 1/207 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85- 05، إضافة إلى بعض النصوص التي لها صلة بالموضوع.

فالخبرة في المجال الطبي عمل فني يتمثل في تقديم الرأي والمشورة إلى القضاء بمناسبة نزاع متعلق بعمل طبي.[2]

وتُعرّف عموما بأنها " إجراء يهدف لاستغلال مَعارف تِقني لتوضيح تساؤل ما، حيث أن الحل يتطلب كفاءة تقنية لا تتوافر في القاضي ".[3]

وقد عرّفت المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب الخبرة بالتركيز على الجانب التقني الذي يلعبه الطبيب الخبير في تقدير وإثبات خطأ طبيب آخر، بقولها: " تُعدّ الخبرة الطبية عملا يُقدّم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يُعيّنه قاضٍ أو سلطة أو هيئة أخرى مُساعَدتَه التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التَبِعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية ".

ولاشك أن الخبرة تمثل أحد أهم مشكلات نظام المسؤولية الطبية فيما يتعلق بإثبات الخطأ، إذ تعتبر مشكلة متعددة النواحي :

فمن ناحية يُشكل القاضي والخبير زوجًا غير مُتماثِل، حيث يختلفان في وجهات النظر وفي اللغة[4]، ولهذا يمكن أن تنشأ صعوبات بعضها ذات صفة عامة بالخبرة والبعض الآخر يتعلق بالمجال الطبي بصفة خاصة.

---

[1] تنص المادة 143 ق.إ.ج:" يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر أو يندب خبير أو أكثر لإبداء رأيه في مسألة فنية إما من تلقاء نفسه وإما بناء على طلب من النيابة أو من أحد الخصوم في الدعوى ".

[2] Gérard Creusot: Dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989, p 01.

[3] Boussouf - Hamana Naziha: op.cit, p 07.

[4] Jean Penneau: Faute et erreur en matière de responsabilité médicale, op.cit, p 45.

فبوجه عام نجد أن انتقال تقدير الوقائع من المجال العلمي إلى المجال القانوني يكون صعبًا، إذ لكي تُصبح الخبرة وسيلة قضائية مناسبة ينبغي أن ينتقل التقدير من المجال العلمي إلى المجال القانوني. غير أن مثل هذا الانتقال لا يمكن أن يتم إلا بتقدير طبّي مُستمَد من تقرير الخبير وهنا يَكْمُن الخطر، إذ أن مثل هذا الانتقال كما يرى البعض [1] يكون حقلا خصبا لفِخاخٍ دقيقة، يمكن أن تَزِلّ فيها قَدَم أمْهَر القُضاة وبكامل حسن النية.

وبوجه خاص، كثيرا ما تختلط الناحية الفنية والناحية الطبية، فيُعدّ فنيا كل ما هو طبي، وهذا الخلط لاشك أنه يُساهم بدوره في زيادة غموض فكرة الخبرة الطبية. فإذا كانت هذه الأخيرة تبدو ضرورية في بعض الأحيان، فإنها في أحيان أخرى لا تبدو كذلك، ومع ذلك يتم اللجوء إليها. وهذا ما يفسّر اتجاه القضاة إلى توسيع مهمّة الخبير تلقائيا من نطاق مهمته، فيعطي تقديرا قانونيا للموقف وهو ما لا يدخل في اختصاصه.[2]

فاختصاص الخبير لا يُجيز له– مثلا– أن يُعرّف الخطأ، إذ أن مثل هذا العمل من صميم عمل القاضي لِما ينطوي عليه ذلك من تحليل قانوني ليس في وُسع الخبير أن يقوم به. حيث يكون القاضي وحده قادرا على تقدير الأفعال وتقرير ما إذا كانت تنطوي على خطأ أم لا في ضوء التزامات الطبيب.

ومن ناحية ثانية يُلاحَظ أن الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تَعترضُه في الواقع صعوبتان: الأولى موضوعية والثانية شخصية.

فأما الأولى فتتعلق بالناحية الفنيّة للخبرة الطبية، إذ ليس من المؤكّد بصفة مطلقة أن الخبير الذي يقوم بمهمّته بالكامل في وسط نظري، وفي المراكز العلمية الطبية، يستطيع– في مثل هذه الظروف– أن يقدّر بدقة الموقف الذي وُجد فيه الطبيب محل المُساءلة، والذي كان يمارس عمله في ظروف واقعية مختلفة[3]. وغنيّ عن البيان أن الخبير كي يُقدّم تقريرا صحيحا، يجب أن يكون في مَقدِرته

[1] Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 137.
وانظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع، المرجع السابق، ص 172.
[2] أشرف جابر سيد مرسي: رسالته السابقة، ص 114، 115.
[3] بابكر الشيخ: المرجع السابق، ص 323، 324.

معرفة هذه الظروف الواقعية، فالصّعوبة هنا تتمثل إذًا في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجرّدة والحقيقة الواقعية الملموسة.

وأما الصعوبة الشخصية فمَرجِعها إلى عدم حيّاد التقارير التي يُقدّمها الخبراء في غالب الأحيان، نتيجة التسامح والتضامن المهني من الطبيب الخبير وزميله الطبيب المسؤول عن الخطأ.

والحقيقة أن هذه الصعوبة من أدقّ صعوبات الخبرة الطبية، ذلك أن الخبير المَنُوط به تقديم تقرير الخبرة، هو طبيب من ذات الوسط الطبي، تربطه بغيره من الأطباء علاقات زمالة، كما أن مهمة الخبرة تنتقل بينهم بالتناوب.[1]

وبطبيعة الحال فإن تجاوُز الخبير للقواعد الفنية التي تحكم عملية الخبرة لا يتسنّى لرجل القانون أن يُدرِكه، كما أن القاضي نفسه – والمريض من باب أولى- لا تكون لديه القدرة على اكتشاف الخطأ الفني. ولاشك أن مُحاباة الخبير لزميله الطبيب أمر يستحق العقاب، فضلا عن كونه يشكل خطأ أدبيا جسيما بالشرف والنزاهة.[2]

ونتيجة لما تقدّم تُواجه الخبرة الطبية شُكُوكا في مِصداقيتها، مما يُحتَمل معه اهتزاز الثقة في الخبراء، بسبب التضامن المهني – في غير محلّه- والذي يَخلُق نوعا من التسامح مع الزملاء الأطباء محل المساءلة.

ومن ناحية ثالثة فإن غموضا قد يُحيط بالخطأ المنسوب للطبيب، وهذا الغموض لا يُقصد به عدم وضوح تقرير الخبير في تحديد وجود أو عدم وجود إخلال فني من جانب الطبيب محل المساءلة، وإنما يُقصد به الغموض الذي يمكن أن يَنتُج كأثر لاستعمال القاضي سلطته التقديرية في التعقيب على تقرير الخبير. ذلك أن إثبات الخطأ في المجال الطبي يقوم على مستويين :

---

[1] Maire Hélène seugy: op.cit, p 76.
Jean Penneau: La reforme de la responsabilité médicale, op. cit, p 532.

[2] لتفصيل أكثر حول صعوبات الخبرة وضماناتها راجع :
سمير عبد السميع الأودن: المرجع السابق، ص 88 إلى 115.
يحيى بن لعلي: المرجع السابق، ص 34، 40.
بن صغير مراد: رسالته السابقة، ص 76، 77. حيث أشار فيها لجملة من الاقتراحات كمحاولة للتغلب على هذه الصعوبة بالتحديد، من خلال التركيز على إنشاء لجنة طبية تتكون من أطباء ذووا كفاءة وخبرة وأساتذة جامعيين بكليات الطب وقضاة، تتولى النظر في الأخطاء الطبية وتقديم التقارير والخبرات المنوطة بها. كما أشرنا إلى أن حرية القاضي في تعيين الخبير محل نظر، وتحتاج إلى مراجعة ولاسيما مع تقدم التكنولوجيا الطبية وتعقد وتداخل الأساليب العلاجية والتقنية المستحدثة في مجال الطب.

الأول فني: حيث يقوم الخبير ببحث الخطأ، إذ يجب أن يلتزم بحدود مهمّته وهي دراسة ووصف الوقائع المادية في إطار المعطيات الفنية.

أما **المستوى الثاني فقانوني:** حيث يتمتّع القاضي بسلطة تقديرية في الاعتداد بتقرير الخبير أو طرحِه جانبا، فالقاضي ليس ملزَما بإتباع رأي الخبير ولا بالنتائج التي خَلُص إليها تقريره.[1]

ولعل المشكلة التي تثور وتزداد حدّة في حالة عدم اعتداد القاضي برأي الخبير، ذلك أن هذا الوضع قد يخلُق موقفا يُوصف فيه القاضي بالتطرّف.إذ أن معارضة القاضي لرأي الخبير صاحب الاختصاص الفني، من دون حجّة قانونية ولا وجهة نظر منطقية، من شأنها أن تُضفي غموضا على الخطأ محلّ الإثبات بين الرُؤية الفنية والرؤية القانونية.

وعلى هذا فالقاضي متى مارَس سلطته التقديرية على تقرير الخبير، تعيّن عليه أن يُراعي ويُوازي بين اعتبارين: الأول وهو الحذر لِما قد يكون من تضامن مهني بين الخبير والطبيب محل المساءلة. أما الثاني فهو الاعتداد برأي الخبير لاسيما في المسائل الفنية التي قد يظن البعض من الأشخاص العاديين أنه يستطيع فهمها.

وهكذا فاستعمال القاضي سلطته التقديرية في التعقيب على قرار الخبير لابد وأن يكون استعمالا حذِرا لئلا تزيد مشكلة إثبات الخطأ الطبي صعوبة وغموضا.

البند الثالث:

تبعة ومخاطر الإثبات

من الصّعوبات التي تثور بشأن تحمّل المريض عبء إثبات خطأ الطبيب، ما سيُواجهه من حُكم القاضي في حالة إذا لم تتّضح لهذا الأخير الحقيقة، وبقي الشّك قائما حول الإدعاءات التي أدلى بها. ومعنى ذلك أنه متى تعذّر على المريض إثبات خطأ الطبيب، لعدم تقديمه دليلا يُسند إدعاءه أو لعدم كفاية ما قدّمه من أدلة لإقناع القاضي بصِدق ما يدّعيه، على نحوٍ ظل الشّك قائما لدى المحكمة،

[1] محمود جمال الدين زكي: الخبرة في المواد المدنية والتجارية- دراسة انتقاديه لأحكام قضاة الموضوع بندب الخبراء-، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص 165.
وانظر في ذلك نص المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

فلن يكون أمام القاضي إلا رفض الدعوى لعدم كفاية الأدلة. وهذا الواقع تؤكّده أحكام القضاء، حيث أكدت محكمة التمييز اللبنانية في أحكام حديثة بأن " أخذ المحكمة بأدلة معينة دون أخرى لا يشكل مخالفة لقواعد الإثبات، لأن تقدير قيمة الأدلة وقوّها الثُبوتية وكِفايتها وأرجَحِيّتها يدخل ضمن صلاحية قاضي الأساس".[1]

يُستخلص مما تقدم أنه مع بقاء حالة الشك وانعدام اليقين، سترّد المحكمة الطلبات المقدمة، وهذه نتيجة طبيعية كون المتضرّر هو الذي نَقل التراع إلى قاعة المحكمة، فعليه تحمّل نتيجة عجزه عن النهوض بعبء الإثبات.

إن ما نخلص إليه أن تكليف المريض ضحية الخطأ الطبي بإقامة الدليل على ما يدّعيه، يشكل عبئا حقيقيا على عاتقه، ويجعل من قدرته على النهوض بهذا العبء عنصرا حاسما في سبيل الحصول على تعويض يُجبر ما أصابه من ضرر. لذلك حاول القضاء تلمّس طرق الحدّ من هذا العبء المكلّف به المضرور أصلا، في تحوّل جَرِيء منه في هذا المجال، وهو ما سننتقل لدراسته في هذا المطلب الموالي.

المطلب الثاني:
التوجّه نحو إعفاء المريض من إثبات الخطأ الطبي

إدراكا من القضاء للصعوبات التي يُواجهها المريض في النهوض بهذا العبء، وتحمّل تبعة إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة، أجرى القضاء – ولاسيما الفرنسي– تحوّلا هامّا من خلال رَسم مَعالِم جديدة لقواعد الإثبات، رغبةً منه في إعفاء المريض من عبئ إثبات خطأ الطبيب أو على الأقل التخفيف منه.

[1] قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثامنة، رقم 02، الصادر بتاريخ: 2004/01/15، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي المدني، 2004، ص 221.
وانظر كذلك: قرار محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة التاسعة، رقم 06، الصادر بتاريخ: 2003/01/20، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي المدني، 2003، ص 249.

ولعلّنا نحاول استنباط وتوضيح ذلك من خلال المظاهر التي تتجلى في الفروع التالية.

الفرع الأول:

الخطأ الاحتمالي (المقدر) La faute virtuelle

حاول القضاء الفرنسي تذليل الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب عن طريق استنتاجه هذا الخطأ من وقوع الضّرر، وذلك على عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية، والتي تُوجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه. وذلك من خلال ما اصطلِح عليه بالخطأ الاحتمالي أو المقدّر [1]. وأساس هذه الفكرة أن الضرر لم يكن ليَقع لولا وقوع خطأ من الطبيب، ومعنى هذا أن القضاء بمقتضى هذه الفكرة، ورغم أنه لم يَثبُت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيطة، فإنه يستنتج هذا الخطأ من مجرّد وقوع الضرر.[2]

وتطبيقا لهذه الفكرة أيّدت محكمة النقض الفرنسية[3] قضاة الموضوع في استنتاجهم خطأ الطبيب الذي لجأ إلى استخدام الأشعة لعلاج مريضه، استنادا لما ورد بتقرير الخبراء من أن انفكاك أحد مسامير جهاز الأشعة نتيجة لاهتزاز هذا الأخير، كان هو الافتراض الأكثر احتمالا لِما أصاب المريض من ضرر، وأن طبيب الأشعة قد ارتكب خطأ تمثّل إما في عدم إحكامه ربط الجهاز وتثبيته بطريقة صحيحة، وإما في عدم انتباهه لمخاطر الجهاز.

فنلاحظ على هذا الحكم أنه أجاز لقاضي الموضوع أن يسْتظهِر أو يَستنبط الخطأ من واقعة ليس من الثابت على نحوٍ قاطع أنها مصدر الضرر.

---

[1] لتفصيل أكثر حول هذا الموضوع: يراجع: حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

[2] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 29.
وفاء حلمي أبو جميل: المرجع السابق، ص 89، 90.
سهير منتصر: المرجع السابق، ص 101.
Voir aussi: Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel- système d'indemnisation, 3[eme] éd. précis Dalloz, Paris, 1996, p 672.

[3] Cass.civ: 28/06/1960, J.C.P, 1960, II- 11787.

وفي ذات السياق استخلصت محكمة النقض الفرنسية خطأ المستشفى الخاص من مجرّد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، مُعتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى.[1]

وقد أكدت المحكمة ذلك بقضائها أن العيادة الخاصة يُفترض مسؤوليتها عن العدوى التي أصابت المريض أثناء القيام بالعملية الجراحية بغرفة عمليات العيادة، ما لم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها.[2]

ونشير إلى أن القضاء الإداري الفرنسي هو الآخر قد أخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، بل وتوسّع في استخدامها[3]، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 1997/11/21 وجود خطأ طبي احتمالي في جانب المستشفى العام [4]، عن الإصابة الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه، وكذا الأضرار المنسُوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات الإصابة بالعدوى داخله **infection nosocomiale**.

كما أن القضاء الجزائري قضى بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدّى إلى موته.[5]

هذا وقد أيّد بعض الفقه الفرنسي [6] فكرة الخطأ الاحتمالي أو المقدّر، باعتبارها من قَبيل القرائن طبقا لنص المادة 1353 من القانون المدني الفرنسي، حيث رأى في ذلك استعمالا لسلطة القاضي في استخلاص القرائن القضائية. فهو من خلال هذه الفكرة يستخلص خطأ الطبيب من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

---

[1] Cass.civ: 29/11/1989, Rev. civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995- 2, France, p 946.

[2] Cass.civ: 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997- 2, J.P, p 565.

[3] Fabienne Quilleré Mazjoub: La responsabilité du service public hospitalier.
بحث ضمن كتاب: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 572 وما بعدها.

[4] C. E: 21/10/1997, Rec. C. E. Tables, France, p 1065.
Cass.civ: 29/11/1989, Res. civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995, 2, p 946.

[5] محكمة قسنطينة- الغرفة الإدارية: 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.
وإن كنا نتفق مع المحكمة فيما انتهت إليه، إلا أننا نرى أن التكييف الذي أعطته لالتزام المستشفى في هذا الصدد وهو سوء التسيير والإدارة، والتزام ببذل عناية في غير موضعه. ذلك أن مسؤولية المستشفى في هذه الحالة تقررت إثر خطأ مفترض من جانب المستشفى الذي يلتزم في مثل هذه الحالات بسلامة المريض.

[6] Savatier. R: Note sous: Cass.civ: 28/06/1960.
أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 243.

عكس هذا التوجه انتقد البعض الآخر من الفقه [1] فكرة الخطأ المضمر، لأنها ترتكز في رأيه على مجرّد التفسير بمفهوم المخالفة، وهو تفسير غالبا ما يكون ضعيفا. فطبقا لظروف كل حالة قد لا يَثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدّد، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ لأنه لم يستطع أن ينفي عدم ارتكابه.

وفي هذا الصدد يأمل الفقيه بينو Jean Penneau [2] أن تختفي فكرة الخطأ الاحتمالي من المجال الطبي كما اختفت من قبل من مجال النقل المجاني. لأن القاضي عندما يعتدّ بهذه الفكرة، فإنه يَحيد - في نظر بينو- عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ. إذ أنه يستند حينئذ إلى تحليل مجرّد للمواقف، ولا يعتمد في تحديد خطأ الطبيب على الطبيب الوسط اليقظ. فمن الثابت أن الطبيب يكون مُخطئا متى ثبت أن سلوكه الفعلي الذي اتّبعه مع المريض لا يُطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب يقظ من نفس مستواه والموجود في نفس الظروف، حيث يُكتفي عند الأخذ بهذه الفكرة مجرّد افتراض أنه لابد وأن يكون هناك خطأ ما وإن بقي مجهولا.

والواقع أن فكرة الخطأ المُحتمل أو المضمّر، والتي تعني كما سبق بيانه استخلاص الخطأ من مجرّد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدّد إزّاء الأطباء، إلا أنها تكشف كما يرى البعض بحق[3] عن إدراك القضاء لقُصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة ما لَحِق العملية الطبية من تطورات صار معها المريض المضرور عاجزا عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.

وعليه فما كان من هذا القضاء إلا تطويع هذه القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات، الذي تقضي هذه القواعد بتحمّل المريض له. فالحال أن أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل إنما يعني تمسّكه بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ مع افتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر،

---

1 Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 80, 81.

2 Jean Penneau: La responsabilité médicale, op.cit, p 80. Voir aussi son livre : Faute civile et faute pénale en matière de responsabilité médicale, P.U.F, Paris, p 51 ets.

3 Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel- système d'indemnisation, op.cit, p 247.
محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 246.

ولاشك أن في ذلك رعاية لمصلحة المريض المضرور، ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض.

ونودّ أن نشير في هذا المقام إلى أن الأهمية الحقيقية لهذا الافتراض أو لهذه القرينة، لا تكمُن في الواقع في مجرّد الاعتراف بوجودها، ذلك أن القضاء في أخذه بهذه القرينة لا يجعل منها إلا قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف الطبيب أو المستشفى. وإنما تكمُن هذه الأهمية في الآثار المترتبة عليها فيما يتعلق بعبء الإثبات – وهذا ما نعالجه في هذا الموضع ونُحاول إبرازه–. إذ أنه من خلال فكرة الخطأ المحتمل وما تتضمّنه من افتراض الخطأ في جانب الطبيب أو المستشفى، ينتقل عبء الإثبات إلى هذا الأخير. فافتراض الخطأ أو قرينة الخطأ إنما يعني أنه لم يعُد على عاتق المضرور عبء إقامة الدليل على وجود مثل هذا الخطأ في جانب المدعى عليه، وإنما يُصبح على هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه.

وبالرغم من الأهمية التي تمثلها فكرة الخطأ المحتمل لصالح المرضى المتضرّرين وتخفيفها عنهم من عبء إثبات الخطأ الطبي، فقد أدانت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها [1] اللجوء إلى مثل هذه الأفكار، ودَعَت إلى وُجوب وجود خطأ ثابت في جانب الطبيب وِفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية، ووصفت المحكمة فكرة الخطأ الاحتمالي بأنها فكرة مغلوطة (erronée).

ولاشك أن مثل هذه الأحكام تمثّل تراجعًا من حيث اللجوء إلى فكرة الخطأ الاحتمالي، غير أنه في واقع الأمر أن قرار محكمة النقض السالف ذكره أعاد التذكير بضرورة توافر الخطأ الطبي الواجب الإثبات لقيام المسؤولية في جانب الطبيب، إلا أنه في المقابل لم يتضمن إدانة واضحة لاستخلاص الخطأ من خلال القرائن باعتبارها طريقا من طرق الإثبات. الأمر الذي يجعل اللجوء إلى فكرة الخطأ المضمّر يتوقف بعد هذا الحكم على قدرة القضاء على الاستناد إلى وقائع أخرى تُضاف إلى الضرر يُدعّم بها افتراض الخطأ الطبي، ليحافظ بالتالي على ما قدمته هذه الفكرة من

---

[1] Cass.civ: 07/05/1998, D. 1999, J.C.P, p 21. Note, S. Porchy.
وانظر في ذلك : علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 125، 126.

مُعاونةٍ للمرضى المضرورين تُجاه صعوبات إثبات ما يدّعونه من أخطاء في مواجهة القائمين على علاجهم ورعايتهم صحيا.

ومهما يكن الأمر فإن فكرة الخطأ الاحتمالي لم تكن هي السبيل الوحيد الذي لجأ إليه القضاء الفرنسي من أجل الحدّ من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، إذ لجأ القضاء مؤيَّدا في ذلك من الفقه إلى أدوات قانونية أخرى، ربما أبعد أثرا في هذا الصّدد من الفكرة التي بحثناها فيما تقدم، ومنها التوسع في مجال الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة، وهو ما نتعرض إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:
الالتزام بتحقيق نتيجة والتوسّع فيه

لقد كان من نتائج قرار Mercier الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، والذي حدّد طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، أن اعتبر أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وإنما التزامه يقتصر على بذل عناية ذات مُواصفات خاصة. وذلك لارتباط كل عمل طبي بعامل الاحتمال، حيث يبقى احتمال النجاح أو الفشل قائما في كل عمل من هذه الأعمال.[1]

ولاشك أن النظرة إلى المسؤولية الطبية من خلال فكرة العلاج والالتزام به تجعل من غير المتصوّر أن يكون التزام الطبيب في هذا المقام إلا مجرّد التزام ببذل عناية. فمن غير المنطقي في ضوء الاعتبارات المتقدمة أن يُفرض عليه التزام بتحقيق نتيجة وهي شفاء المريض.[2]

تلك الرؤية إلى المسؤولية الطبية تجعل من الطبيعي في هذا المجال أن يتحمّل المريض عبء إثبات عدم قيام الطبيب ببذل العناية المطلوبة، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن إمكانية وجود التزامات أخرى بتحقيق نتيجة يتحمّلها الطبيب إلى جانب التزامه ببذل عناية ؟

[1] سامي بديع منصور: المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط (فبراير) 1994- قانون الآداب الطبية، مجلة العدل، العدد الرابع، 2000، لبنان، ص 255.

[2] ذهبت بعض التشريعات إلى حد حظر الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن يكون دفع أتعاب الطبيب مقابل التزام هذا الأخير بضمان الشفاء، ومن ذلك ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة العاشرة من قانون الآداب الطبية.

يرى بعض الفقه[1] في الإجابة عن هذا التساؤل " أن تتبّع حركة الفقه والقضاء يكشف عن أن إضفاء وصف الالتزام ببذل عناية على التزام الطبيب بالعلاج، قد صاحبه اتجاه واضح نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية والنظر إلى كل منها على حِدًا، وفي ضوء النتيجة الجزئية المحدّدة والمرجُوّة من ورائه ومدى إمكان سيطرة من يَتولاها عليها...".

ويخلص إلى اعتبار أن إتباع هذا المسلك التحليلي أدى إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية، وما تتطلبه الُمساءلة عنه من إلقاء عبء الإثبات على المريض المتضرّر في نطاق العلاج بمعناه التقليدي. أما ما يُجاوز ذلك من الأعمال الطبية التي لا تتضمّن عنصر الاحتمال فإنها تفرض مساءلة الطبيب عنها لمجرّد عدم تحقق النتيجة المرجُوّة منها، بمعنى دون حاجة لإثبات إخلال الطبيب بالتزاماته.

وغنيّ عن البيان أن هذا التحليل يتفق مع حقيقة أن الطبيب لا يقع على عاتقه التزام واحد تجاه المريض، وإنما تربطه بهذا الأخير مجموعة من الالتزامات يمكن أن تختلف من حيث طبيعتها.[2]

إن حصر نطاق الالتزام ببذل عناية والتوسّع مقابل ذلك في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة، كان في الواقع الأداة القانونية الثانية للحدّ من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي.

ونشير في هذا الصدد إلى أن هذا التوسع في مجال التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة قد طال التزاماته المتعلقة بأعماله المادية وواجباته الإنسانية، كما شمل أيضا التزاماته المرتبطة ببعض أعماله الفنية.

البند الأول:

التوسع في التزامات الطبيب المتعلقة بواجباته الإنسانية والأخلاقية

بعد استقرار استمد لما يزيد عن نصف قرن، وإدراكا منها للصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء الإثبات وتحمل تبعة إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة -الطبيب والمريض- أجرت محكمة النقض الفرنسية تحولا هاما في مجال لا يقل أهمية ألا

[1] مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 112.
[2] علاء الدين خميس العبيدو: المرجع السابق، ص 110.
محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 212 وما بعدها.

وهو التزام الطبيب بإعلام المريض، حرصا منها على رعاية حقوق المرضى وأخذا في الاعتبار للصعوبات التي تواجههم في إثبات الخطأ الطبي.

فقد عدلت عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صوره المختلفة، ومنه إثبات قيام الطبيب بالتزامه بالإعلام. وألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه، وذلك بموجب حكمين مهمين: أولهما وأشهرهما Hédreul الصادر بتاريخ 25 فبراير1997[1]، والثاني المؤرخ في 14 أكتوبر 1997[2].

الفقرة الأولى:

حكم 25 فبراير 1997

وقد كان هذا الحكم بمناسبة دعوى تتلخص وقائعها في أن شخصا يدعى M.Hédreul كان يعاني من آلام في المعدة، وقدّر الطبيب أن هذه الحالة تستدعي التدخل الجراحي لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدة المريض المذكور، وهذا ما تم بالفعل عن طريق جراحة المنظار، انتهت بإصابة المريض بثقب في الأمعاء. إثر ذلك رفع هذا الأخير دعوى مسؤولية على الطبيب للمطالبة بالتعويض عن الأضرار بسبب عدم تبصيره وإعلامه بالمخاطر المحتملة. غير أن محكمة استئناف C.A Angers رفضتها، استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على عاتق المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدّعيه.

وقد ألغت محكمة النقض هذا الحكم، وقررت- استنادا إلى نص المادة 1315 من القانون المدني- أن من يتحمل قانونا أو اتفاقا بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، وأن الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإفضاء تجاه مريضه، ومن تم فهو الذي يجب أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام.[3]

[1] Cass. 1er civ: 25/02/1997, (Hédreul c/Dr. Cousin), Responsabilité civile et assurances - Edition du juris-classeur, Hors- série, (Juillet- Août) 1999, France, p 13.

[2] Cass. 1er civ: 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France, p 492.

[3] "Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis- à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé".

وبهذا تكون محكمة النقض قد وضعت مبدأ أساسيا يمثل عدولا تاما عن قضائها السابق، مؤداه التزام الطبيب بإقامة الدليل على قيامه بإعلام المريض والحصول مسبقا على رضائه بالعمل الطبي.[1]

والحق أن هذا المبدأ قد حظي بتأييد الغالبية العظمى من فقهاء القانون [2]، الذين رأوا فيه تصحيحا لوضع لم يكن مقبولا لا من حيث الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العملية. ذلك أن الحكم الجديد يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح من جهة توزيع عبء الإثبات، إذ يُلقى هذا العبء على من يجب أن يلتزم به، سواء استنادا إلى القواعد العقدية وفقا للمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي[3] المقابلة للمادة 323 من القانون المدني الجزائري والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري.

ولاشك أن هذا النص القانوني يجعل منه سندا قانونيا كافيا للتحول الذي أجرته محكمة النقض بشأن عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي.[4]

كما أن الحكم بإعفاء المريض من إثبات إخلال الطبيب بالتزامه بالإعلام، باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، يستند إلى قواعد العدالة وما تقضي به من معصومية الجسد، وضرورة احترام ما للإنسان من حق في السلامة البدنية. فالمساس بجسم الإنسان ولو لغاية علاجية يعد بحسب الأصل غير مشروع حتى يقوم الدليل على توافر الشروط التي تُضفي على الفعل وصف المشروعية، ومنها إعلام المريض والحصول على رضائه.

وأخيرا فإنه لا محل للنعي بأن القضاء الجديد يؤدي إلى إخضاع المسؤولية الطبية لأكثر من نظام قانوني، ذلك أن المعروف أن العقد الواحد يمكن أن ينشأ عنه أكثر من التزام، وتبعا لاختلاف

---

[1] J. Bonneau: Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1er sem) 1999, du 17 juin 1999, France, p 858.
Voir aussi: jean Penneau: Les fautes médicales, op.cit, p 10, 11.

[2] Mark Sabek: Les responsabilités du chirurgien - dentiste, Les Etudes Hospitalières Editions, Bordeaux, 2003, p 35- 39.
Marie - Laure Mathieu - Izorche: oo.cit, p 3560, 3561.
Patrice Jourdain: Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 07.

[3] L'article 1315/2 du code civil:" Celui qui est également ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation".

[4] Jean Guigue: Responsabilité des médecins - Devoir d'information, G. P. H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année,n° 329 à 331, France, p 53, 54.
Jean Penneau: Le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal, 1999 (1er sem), France, p 07.

طبيعة الالتزامات يمكن أن يختلف النظام الذي يحكم مسؤولية المدين عن الإخلال بها. وعلى هذا الأساس فلا يوجد ما يمنع من اعتبار الطبيب ملتزما فيما يتعلق بتقديم العلاج ببذل عناية، بحيث لا تقوم مسؤوليته إلا استنادا إلى خطأ يتعين أن يقيم المريض الدليل عليه، حين يلتزم فيما يتعلق بالإعلام والحصول على الرضاء، بالتزام أشدّ، يجعل إدعاء المريض بعدم حصول الإعلام يُنشئ قرنية بسيطة على عاتق الطبيب، يستطيع هذا الأخير دحضها بإقامة الدليل على أنه قام فعلا بتنفيذ التزامه.

على العموم فإن محكمة النقض بعد أن ألقت – في حكمها السالف الذكر– عبء إثبات الالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب، حددت في حكم آخر لا يقل أهمية عن سابقه، حددت من خلال وسائل إثبات هذا الالتزام.

الفقرة الثانية:

حكم 14 أكتوبر 1997

لم يخلو إلقاء عبء الإثبات إعلام المريض والحصول على رضائه من بعض الصعوبات والإشكاليات، لاسيما ما يتعلق باعتبار الكتابة الوسيلة الوحيدة التي يلجأ غليها الطبيب لإثبات الوفاء بالتزامه.

وقد أشار جلّ الشُراح الذين تناولوا بالتعليق حكم محكمة النقض في 25 فبراير 1997، إلى جملة من ألآثار السيئة لتطلب الكتابة إثبات القيام بالالتزام بالإعلام والحصول على رضائه – وإن كانوا يحاولون التهوين من شأنها[1]–، أقلها أن يصاب المريض بالفزع والاضطراب، فيدفعه ذلك إلى رفض علاج هو في أشدّ الحاجة إليه.[2]

[1] جابر محجوب علي: دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 440.

[2] Geneviève Viney : Chronique sur la responsabilité civile, J.C.P, 1997, I, 4068, n° 09, France, ou elle dit : " il existe déjà de nombreuses interventions médicales pou les quelles la loi impose au praticien d'apporter la preuve qu'il a donné les informations requises, prélèvement d'organe chez un donneur vivant, recherche biomédicales, assistance à la procréation. Or, dans ces hypothèses, on n'a pas constaté les inconvénients qui étaient présentés comme inévitablement attachés à la solution imposant la charge de la preuve au médecin ".

بل أكثر من ذلك، فقد ثار التساؤل والجدل لدى الفقه حول قيمة الورقة المكتوبة في حدّ ذاتها ونطاق حجيتها. فهل تُعتبر إثباتا لحقيقة الإفضاء (الإعلام) أم لمضمونه [1]؟.

حيث رأى البعض أن هذه الورقة تقتصر على إثبات حقيقة الإعلام فحسب، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ Patrice Jourdain إلى أن القرنية التي تنشئها الكتابة تتعلق بوجود الإعلام وليس بمضمونه. بحيث إذا أقام الطبيب الدليل على حقيقة الإعلام، فإنه يجب على المريض – وفقا للقضاء التقليدي- أن يقيم الدليل على أن هذا الإعلام لم يكن كاملا، أو لم تتوافر فيه الصفات التي يتطلبها القضاء.[2]

ولاشك أن هذا التفسير بسيط، يؤيده حكم 25 فبراير 1997 والذي قضى بأن من يتحمل قانونا أو اتفاقا بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقدم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام.

غير أنه يصعب في نظر البعض الآخر تصور أن يقتصر نطاق الوثيقة المكتوبة على إثبات حقيقة الإعلام، وذلك بسبب الأهمية التي يعلقها القضاء على مضمون الإعلام وما يجب أن يتوافر فيه من صفات وشروط، وكذا بالنظر إلى الغرض منه وكونه يرمي إلى تمكين المريض من اتخاذ قرار مستنير بقبول العلاج أو رفضه. ذلك أن الدليل المكتوب ليس له قيمة ما لم يثبت ويبرهن على حقيقة الإعلام ومضمونه وصفاته.

ويبدو هذا التفسير في نظرنا مقبولا، بل هو عين الصواب، لاتفاقه مع المنطق وقواعد العدالة، ولكونه جاء متفقا كذلك مع ما جاء في حكم 14 أكتوبر 1997، والذي قرر أن الطبيب يجب أن يقيم الدليل على أنه قدم لمريضه إعلاما أمينا، واضحا وملائما عن المخاطر التي تتضمنها الفحوصات وصور العلاج الذي يقترحه، بما يسمح له بإصدار رضاء أو رفض مستنير.[3]

والحق أن محكمة النقض الفرنسية لم تغفل كل هذه الاعتبارات، لذلك حاولت أن تخفف من حدّة الآثار المترتبة على مبدأ إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وذلك من خلال الحكم الذي

---

[1] سبق وأن تطرقنا بالتفصيل لأحكام التزام الطبيب بإعلام المريض، وأشرنا إلى حقيقة وطبيعة، وكذا مضمونه وحدوده، راجع الصفحة 243 وما بعدها.

[2] Patrice Jourdain: Responsabilité civile, op.cit, p 112.

[3] Cass. 1er civ: 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, France, p 492.

أصدرته في 14 أكتوبر 1997. ويتعلق بسيدة لم تفلح وسائل العلاج التقليدية في تمكينها من إنجاب طفل جديد، فقررت طبيبة أمراض النساء إخضاعها لفحص بالمنظار - يجري تحت تخدير كلي- لمعرفة ما إذا كانت تعاني من مرض في جهاز التبويض étiologie ovarienne، ولكن لسوء الحظ توفيت المريضة بسبب اختناق حدث أثناء العملية. فرفع زوج المتوفاة وابنها دعوى مطالبين بالتعويض على أساس تقصير الطبيبة في تبصير المريضة بهذا الخطر.

غير أن الدعوى رفضت من جانب قضاة الموضوع، بحجة أن المضرور (الزوج وابنه) لم يقدم دليلا على عدم تنفيذ الطبيبة لالتزامها. وعلى العكس من ذلك فإن ظروف الدعوى تتضمن قرائن تدل على قبول المريضة للعملية وهي على بينة بمخاطرها. فرفضت محكمة النقض الطعن الذي رفع ضد هذا الحكم، ولكنها أكدّت على أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لقواعد عبء إثبات الالتزام بالإعلام:

الأول: تمسكها بمبدأ أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام والحصول على الرضاء يقع على عاتق الطبيب.

والثاني: أن هذا الإثبات يمكن أن يتم بكافة الطرق.[1]

ولاشك أن الشقّ الأول لا يضيف جديدا، إذ هو ليس أكثر من تأكيد للمبدأ الذي قرّرته المحكمة بحكمها سالف الإشارة إليه الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997. إنما الجديد في الشقّ الثاني من الحكم، حيث فصلت المحكمة - وعلى عكس ما يتجه إليه الرأي الغالب من الفقه [2]- بين إلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب، وبين ضرورة الكتابة كوسيلة للإثبات، على نحو يمكن القول معه أن الأمر فيما يتعلق بقيام الطبيب بعبء الإثبات لن يخرج عن أحد الاحتمالين:

الأول: أن يحتاط الطبيب لنفسه ويكون قد حصل على دليل مكتوب - لاسيما بالنسبة للأعمال الطبية الكبيرة التي تحتاج إلى وقت للتفكير من جانب المريض كالعمليات الجراحية،

[1] " Mais attendu que s'il est exact que le médecin a la charge de prouver qu'il a bien donné à son patient une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose de façon à lui permettre d'y donner un consentement ou un refus éclairé,… la preuve de cette information peut être faite par tous moyens…".

[2] Jean Penneau: Les fautes médicales, op.cit, p 10, 11.

والعلاجات والفحوص والتحاليل الخطيرة (كالعلاج بالصدمات الكهربائية، أو الفحص بالمناظير...)-. يقر فيه المريض أنه تم تبصيره بمخاطر العلاج وطبيعتها، وقد قبل بهذا العلاج قبولا مستنيرا. وفي هذه الحالة فإن تقديم هذا الدليل سوف يكون كافيا لإقناع المحكمة وحسم النزاع لصالح الطبيب.

الثاني: ألا يكون الطبيب قد حصل على الدليل المكتوب، كون أن الأمر يتعلق بأحد العلاجات العادية الجارية، كوصف أدوية لمرض معين أو إجراء فحوص بالأشّعة أو تحاليل بسيطة أو حتى جراحات بسيطة...، ففي مثل هذه الحالات فإننا لا نعتقد أنه سيكون باستطاعة الطبيب أن يُعد دليلا مكتوبا على رضاء المريض يكب عمل من هذه الأعمال التي يجريها عشرات المرات يوميا. وتبعا لذلك فلا مناص إثبات الرضاء بواحد من هذه الأعمال أو العلاجات، من اللجوء إلى وسائل أخرى للإثبات، إذ أن ذلك يتم بكل الطرق "par tous moyens" كما تقول محكمة النقض.

ونود في الأخير أن نشير إلى أن هذا التحول بشأن عبء إثبات التزام الطبيب بإعلام المريض، وباعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، لم يكن قاصرا على محكمة النقض لوحدها – والتي كرّسته بعدّة أحكام لاحقة–[1]، بل إن مجلس الدولة الفرنسي لم يتأخر عن اللحاق به، بمقتضى حكمين صادرين عنه بتاريخ 2000/01/05 [2]، قرر فيها أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج.

صفوة القول أن التوسع في مجال الالتزامات المرتبطة بالواجبات الإنسانية والأخلاقية لمهنة الطب، لم يقتصر على التزام الطبيب بإعلام المريض فقط – وإن كان هذا الأخير هو الذي أحدث قفزة نوعية كبرى، وتغييرا واضحا ومهما في معالم المسؤولية الطبية وقواعد الإثبات– بل شمل التزامات أخرى لا تقل أهمية كالتزام الطبيب بحفظ أسرار المريض. إذ يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة، لا ينطوي بأي حال على أي قدر من الاحتمال، مما يجعله التزاما بتحقيق نتيجة.

---

[1] Cass. 1re civ: 15/07/1999, D. 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, France, p 393. Obs. Jean Penneau.
Cass. 1re civ: 18/01/2000, D.H, 177e année- 1er cahier (rouge), 13 décembre 2001, n° 44/7053e, France, p 3559.
Cass. 1re civ: 09/10/2001, G.P.H, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, 121e année, n° 329 à 331, France, p 53. Obs. Jean Guigue.

[2] C.E: 05/01/2000 (2 espèces), R.F.D.A. 2000, N° 03, p 641, concl. D. Chanveaux et p 654, Note P. Bou, J.C.P. 2000- II- 10271, Note J. Moreau.

وعلى كل حال فإن ما أردنا إبرازه واستخلاصه أن من مظاهر انتقال عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب، هو التوسع في مجال الالتزامات المرتبطة بتحقيق نتيجة، وفي المقابل حصر نطاق الالتزام ببذل عناية، وأن ذلك لا يقتصر على الالتزامات المتعلقة بالجوانب الإنسانية والأخلاقية لمهنة الطب، بل يشمل الأعمال الفنية.

البند الثاني:
التوسع في التزامات الطبيب المتعلقة بأعماله الفنية

ينصرف التزام الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال أعماله الفنية إلى تلك الأعمال التي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به، خالية من عنصر الاحتمال أو يتضاءل فيها هذا العنصر إلى حدٍّ بعيد. فالالتزام بتحقيق نتيجة ما هو في مفهومه البسيط إلا تحقيقا للنتيجة التي من أجلها كان تدخل الطبيب، وهذا لا يعني بالضرورة شفاء المريض. فقد يكون التدخل الطبي ناجحا ومجديا ومحققا لنتيجته، إلا أن النتيجة العامة لحالة المريض وهي الشفاء لم تتحقق.[1]

ولنضرب لذلك مثالاً من خلال عمليات نقل الدم، حيث أن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة مفادها نقل دم سليم بمواصفاته الطبية كلها إلى المريض، ولكنه غير ملزم بشفاء المريض بمجرد نقل الدم. ذلك أن حالته الصحية ليست كلها متوقفة فقط على مجرد كمية معينة من الدم السليم.

ونشير في هذا الصدد إلى أن هناك فرقا بين الالتزام بتحقيق نتيجة **obligation de résultat** والالتزام بالسلامة **obligation de sécurité**، رغم التداخل الكبير الذي يبدو بينهما، إلى حد يصعب لدّى البعض التمييز بينهما، مما جعل الكثير من الباحثين يأتون بمفهوم آخر وسط وهو الالتزام بسلامة النتيجة **obligation de sécurité de résultat**.[2]

[1] انظر بن صغير مراد: رسالته السابقة، ص 102.

[2] Olivier Dupont: d'une obligation de moyen à une obligation de résultat en matière de responsabilité médicale. http://www.jurisfutur.com, mise à jour le: 25/06/2006.
راجع فيما يتعلق بطبيعة الالتزام بالسلامة وتطبيقاته ما تطرّقنا إليه سابقا في الصفحة 203، و227 - 230.
وانظر كذلك كل من: محمد وحيد محمد علي: الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 11.
محمد علي عمران: المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

غير أن الالتزام بالسلامة قُدِّر لحماية الحياة والسلامة البدنية لأحد المتعاقدين، فهو ضمان لتحديد حماية الشخص الجسدية[1]. مؤداه أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، بل بأن لا يُعرّضه لأي ضرر أو أذى أو تدهور صحته نتيجة مباشرة العلاج أو استخدام الأدوات والأجهزة الطبية أو حتى نتيجة بقائه في العيادة أو المستشفى.

ولعله من المناسب أن نعرض لأهم التدخلات الطبية التي يلتزم من خلالها الطبيب بتحقيق نتيجة، ومنها ما يلي:

أولا: عمليات الحقن ونقل الدم: ترتب كل عملية حقن التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في انتفاء الضرر من المادة المحقونة [2]، كما يقع على عاتق الطبيب أو المستشفيات أو مراكز نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة يتمثل في نقل دم سليم وملائم خالٍ من أي فيروسات أو أمراض. مما يضمن سلامة المريض من كل خطر ممكن الحدوث، أي بمعنى ضمان انعدام الخطر.[3]

وقد اعتبر القضاء الفرنسي في هذا الصدد مراكز نقل الدم المرتبطة بالمستشفيات العامة مسؤولة دون حاجة لوجود خطأ، عن الأضرار التي تسببها النوعية السيئة للمنتجات التي تقوم بتوريدها، فهي تلتزم بأن تورد للمتلقي منتجات خالية من العيوب [4]، ولا يمكنها التخلص من هذا الالتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي.

والتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يشمل كذلك إعطاءه المريض سوائل أخرى مثل الجلوكوز Glucose والأمصال وغيرها من السوائل Sérums، فالطبيب يضمن في هذه الحالات أيضا ألا يسبّب للمريض أي أضرار، وعليه التأكد من صلاحية هذه السوائل وتقبّل جسم المريض لها.[5]

ثانيا: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية: أصبح للتقدم العلمي والتطور التكنولوجي الهائل خاصة في المجال الطبي نتيجة استخدام الكثير من الأجهزة والآلات، أثره الواضح في نجاح

---

[1] Voir: Fabrice Lefferrard: Une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère, Recueil Dalloz, 1999, 34e cahier. Chronique, France, p 364.
Benchabane Hanifa: L'alea dans le droit des contrats, op. cit, p 363.

[2] محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 108.

[3] Frédérique Deloffre- Vye: Le droit pénale des lois de bioéthique, op. cit, p 94.

[4] C.E: 26/05/1995, Gaz. Pal. 1995- II, JP, p 363. C.A. Paris: 09/02/1996, Gaz. Pal. 1996-II, JP, p 410.

[5] ثروت عبد الحميد: المرجع السابق، ص 135.

العلاجات الطبية والتدخلات الجراحية ، الأمر الذي أثّر تبعا لذلك وبصفة واضحة نتيجة لتطور هذه التقنيات والأجهزة على مدى التزامات الطبيب في علاقته مع المريض، وذلك بسبب كثرة الحوادث التي تنجم عن تلك الأجهزة والأدوات. مما أدى بالفقه والقضاء الحديث إلى التوسع في تفسير أحكام المسؤولية عن الأشياء التي يستخدمها الطبيب وبالتالي التشديد في مسئوليته.

فالطبيب يتعهد فضلا عن بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستقرة بالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة والآلات مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض. بحيث يسلم القضاء والفقه أيضا بالتزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام هذه الأجهزة وتلك الآلات.[1]

والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات المذكورة، إذ يقع التزام على الطبيب مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض.[2]

وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه[3]. ومع هذا فإنه يستطيع التخلص من المسؤولية – طبقا للقواعد العامة – بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت مردها سبب أجنبي لا يد له فيه.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القضاء بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث بسبب تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه. وكذا الحكم بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدامه. وعن الالتهابات أو الوفاة الناتجة عن زيادة التعرض للأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظم.[4]

---

[1] محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، الرجع السابق، ص 382 وما بعدها. حيث قد فصّل تفصيلا دقيقا لأهم تطبيقات الالتزام بالسلامة في المجال الطبي، واعتبره من المسائل المستجدة في المجال الطبي على حساب الالتزام ببذل عناية وبتحقيق نتيجة.

[2] منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 206.

[3] أسعد عبيد عزيز الجميلي: المرجع السابق، ص 226، 227.

[4] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 213. حيث أشار إلى ذلك في الهامش رقم 04 و05.

والملاحظ أن الأضرار السابقة تعتبر منقطعة الصلة بالمريض وتستقل عن العمل الطبي في ذاته، وما ينطوي عليه من طبيعة فنية. لذا فإن الطبيب يسأل عنها مباشرة لأن التزامه بصددها هو التزام بتحقيق نتيجة هي نجاح التدخل الناجم عن تلك الأجهزة أو الأدوات في حد ذاتها وعدم إصابة المريض بأضرار من جرّائها.

أما إذا نشأت الأضرار عن الأعمال الطبية بما تنطوي عليه من خصائص فنية، فالأصل أن محل التزام الطبيب يكون التزاما ببذل عناية، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا أثبت تقصيره. وهذا كما أشرنا سابقا طبقا للمبدأ العام القاضي بأن الأضرار الناجمة عن الرعاية الطبية والتدخل الطبي لا يعوض عنها إلا إذا كان هناك تقصير من الطبيب لأن التزامه يكون ببذل عناية.

ومن هنا تثور مشكلة تأسيس المسؤولية الطبية في هذه الحالة، هل على أساس قواعد المسؤولية العقدية – باعتبار وجود عقد بين الطبيب والمريض – ، أم استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية المتمثلة في المسؤولية الناشئة عن الأشياء؟

ذهب جانب من الفقه ومنهم الدكتور عاطف النقيب [1] إلى أنه " من المقرر نصا أن يكون للمتضرر عن فعل الشيء أن يقاضي حارس هذا الشيء و إن جمع بينهما عقد وكان الضرر قد نشأ في إطار تنفيذ هذا العقد ". وهذا ما يمكن أن نستنبطه من خلال نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري باعتبار أن النص جاء عاما.[2]

" وبالتالي لا يكون من حائل دون المريض من مقاضاة الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وإن جمع بينهما عقد معالجة ".[3]

إلا أن ما أقرّه القضاء الفرنسي هو تأسيس المسؤولية الطبية استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية وليس المسؤولية التقصيرية المستمدة من فكرة الحراسة، حيث لا يجوز الجمع أو الخيرة بين المسئوليتين، بل تستبعد المسؤولية التقصيرية من مجال العقود.[4]

---

[1] عاطف النقيب: النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 410.
[2] تنص المادة 1/138 ق.م.ج: " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء ".
[3] عاطف النقيب: المرجع السابق، ص 410. وأنظر الصفحة 59 و108.
[4] أنظر في هذا الخصوص ما تناولناه بالتفصيل في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول، 165 وما بعدها.

فخرجت بذلك محاكم الموضوع عن المبدأ العام ومدت نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة وضمان سلامة المريض إلى الإصابات التي تحدث أثناء استعمال الأجهزة والأدوات تنفيذا للعمل الطبي ذاته – رغم تأكيدها في أسباب أحكامها بأن محل الالتزام بأدائه مجرد بذل عناية – متى كانت هذه الإصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامة استثنائية لم يتوقعها المريض منه ، بحيث يلتزم الطبيب بإعادة المريض بعد انتهاء فترة وجوده عنده سليما معافى من كل ضرر غير ذلك الذي يحتمل حدوثه نتيجة تدخله وفشل العلاج أو تطور العلة.[1]

ويؤيد جانبًا كبيرًا من الفقه [2] هذا الاتجاه لاتفاقه مع القواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه. فالمدين في الالتزام التعاقدي يسأل عن الأشياء التي يستخدمها في تنفيذه سواء أكان التزامه محددًا أم كان التزاما عاما باليقظة والانتباه.

هذا بالإضافة إلى الاعتبارات العملية والإنسانية التي تقوم على توفير الحماية للمريض وتجنبه الدخول في صعوبات إقامة الدليل على خطأ الطبيب، وخاصة أمام التعقيدات الفنية للأجهزة المستعملة.

ثالثا: التركيبات والأسنان الصناعية : تعتبر مسألة تركيب الأعضاء الصناعية (prothèse) والأسنان الصناعية (appareil prothèse dentaire) وغيرها من التركيبات الصناعية المستجدة في المجال الطبي، من الاكتشافات والأساليب الحديثة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب منها بشلل أو عجز أو ضعف. وهي بدون شك تؤثر بطبيعتها في مدى التزام الطبيب. إذ تثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية مسؤولية الطبيب من جانبين مختلفين:

– **الجانب الطبي**: المتمثل في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص القائم لديه. فهذا الجانب كأي عمل طبي يكون فيه الطبيب ملزما ببذل عناية، ولا تقوم مسئوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه. فالطبيب يبذل الجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي

---

[1] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 88.
[2] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 391.

المناسب للمريض والعمل على تهيئته بالطريقة التي تتلاءم مع حالته وتعويضه عن الضعف الذي يعاني منه.[1]

– **الجانب الفني**: وهو ذو طبيعة تقنية، ينحصر في مدى سلامة العضو الصناعي وجودته. وهذا الجانب يلتزم فيه الطبيب بتحقيق نتيجة قوامها ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومناسبته لجسم المريض. ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصُنْع أو لا يتفِق مع مِقياس الجسم أو سبَّب أضرارا للمريض.[2]

أما بالنسبة للأسنان الصناعية، فقد أثارت جدلا لدى الفقه والقضاء منذ مدة طويلة، إلا أن القضاء استقر على أن تركيب الطبيب للأسنان الصناعية ينطوي على جانبين هو الآخر:

– **جانب طبي**: يلتزم فيه طبيب الأسنان ببذل العناية الواجبة لمعالجة المريض تتمثل في بذل الجهود الصادقة اليقظة في اختيار الأسنان ووضعيتها وتركيبها لكي تتلاءم مع حالة المريض، ولا مسؤولية على الطَّبيب إلا إذا ثَبَت وُجُود تقصير من جانبه.

– **جانب فني**: وهو الذي يلتزم فيه طبيب الأسنان بتحقيق نتيجة مقتضاها سلامة الأسنان وملائمتها لفم المريض. وتقوم مسئوليته إذا ما أصاب الأسنان خلل أو تسببت للمريض في آلام وإصابات معينة، وكذلك في حالة عدم أداء تلك الأسنان لوظائفها المرجوة منها.

وقد قضت إحدى المحاكم الفرنسية: " بأن العقد المبرم بين الطبيب والعميل لتركيب طاقم أسنان يفرض على الأول التزاما بعناية محله بذل الجهود الأمينة واليقظة في وضع وصيانة الطاقم، ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة محله تقديم الأسنان الصناعية بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية. فإذا أخل الطبيب – ولو عن غير قصد – بهذا الالتزام ثارت مسئوليته العقدية ويلتزم بتعويض المريض إذا ما ترتب على التركيب المعيب للأسنان الصناعية التهابات حادة باللثة. وتبدو تلك المسؤولية أكثر وضوحا إذا ما تبين أن المريض يتمتع بفم طبيعي وأنه قام بتنبيه الطبيب عدة مرات إلى سوء حالة الأسنان ".[3]

[1] أسعد عبيد عزيز الجميلي: المرجع السابق، ص 233.
[2] عدلي خليل: المرجع السابق، ص 119.
[3] Dijon: 24/01/1952.D.1952.171.

رابعا: التلقيح (التطعيم – vaccination): لاشك أن الممرّض أو القائم بعملية التلقيح (التطعيم) يقع على عاتقه التزام محدد بسلامة الشخص الملقح، إذ يجب ألاّ يؤدي ذلك إلى الإضرار به، وهذا يقتضي أن يكون المِصل vaccin سليما لا يحمل للشخص أي عَدْوى مَرَضٍ من الأمراض كما يجب أن يُعطى بطريقة صِحِيَّة مُلائِمة.[1]

أما فيما يخص مدى فعالية ونجاعة المصل أو التلقيح فهذا التزام بعناية يجب أن يبذل فيه القائم به الجهود اليقظة في اختياره واتفاقه مع الأصول العلمية الحديثة حتى تكون نتيجته إيجابية وهي تحصين المريض ضد الوباء أو المرض الذي يُخشى منه.

وبما أن التلقيح إجباري تتولى الدولة التكفل به وضمانه مجانا [2]، فهي تسأل عن الحوادث والأضرار التي قد تنتج عن عملية التلقيح أيا كان المكان الذي تُجرى فيه. إذ هي الم لكفلة بضمان سلامة المواطنين في هذا الصدد. والإخلال بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة يترتب قيام مسئوليتها، باعتبار أن القائمين بعمليات التلقيح غالبا من العاملين لدى وزارة الصحة.

خامسا: التحاليل الطبية – les analyses médicales : يرجع سبب اعتبار التزام طبيب التحاليل الطبية التزاما بتحقيق نتيجة وبسلامة المريض، إلى أن منطقة نشاط هذا الطبيب المحلل تنحصر في أعمال مخبرية (معملية)، لا تتضمن بحسب الأصول العلمية المسلّم بها أي احتمال. ذلك أن هذه التحاليل لا تعتبر عملا طبيا بالمعنى الدقيق. وهكذا ينبغي أن تقوم مسؤوليته بمجرّد عدم تحقق النتيجة المبتغاة من تحليله.[3]

سادسا: الأدوية والمواد الصيدلانية – médicaments et produits pharmaceutiques : تعتبر الأدوية التي يصفها الطبيب لمريضه مجرد وسيلة من أجل تحقيق

أنظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 224.
[1] محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 230

[2] تنص المادة 1/55 من القانون رقم 85- 05 المعدل والمتمم : " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية ".

[3] وفاء حلمي أبو جميل: المرجع السابق ص 76، 77.

الشفاء أو تخفيف حدّة الآلام، إلا أنه إذا ما سببت تلك الأدوية التي يتعاطها المريض أضرارًا له، فإن ذلك يثير مسؤولية كل من الطبيب أو الصيدلي أو الصانع بحسب الأحوال.

فالطبيب عندما يصف ويكتب لمريضه الدواء في الوصفة الطبية يخضع للالتزام العام ببذل عناية، قوامها اليقظة في أن يكون الدواء مناسبا لحالة المريض وناجعاً، ولكنه لا يلتزم بشفاء المريض. وعليه فلا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا الصدد إلاّ إذا ثبت تقصيره إما بإهماله في اختيار الدواء أو خطئه في وصفه أو في طريقة تعاطيه. كالطبيب الذي يصف مثلا مادة ذات خصائص سامّة دون أن يُبيِّن لمريضه كيفية وطريقة وشروط تعاطيها.

أما إذا قام الطبيب بتقديم الدواء مباشرة لمريضه في عيادته أو مستشفاه الخاص، ففي هذه الحالة يقع على عاتقه بالإضافة إلى التزامه العام ببذل العناية، التزاما آخر بتحقيق نتيجة فيما يخص المواد والأدوية التي تم تقديمها[1]، مقتضاه تحقيق نتيجة تتمثل في عدم إعطاء المريض أدوية فاسدة أو ضارة أو لا تؤدي بطبيعتها وبخصائصها المعهودة إلى تحقيق الغاية المقصودة منها. ويُسأل الطبيب عند إخلاله بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة ما لم يقم الدليل على وجود سبب أجنبي غير منسوب إليه.[2]

أما الصيدلي والمنتج، فالقاعدة العامة هي أن التزامه بتحقيق نتيجة، ذلك أنه مدين بالتزام محدد يتمثل في تقديم أو بيع أدوية صالحة وسليمة ولا تشكل بطبيعتها خطرًا على حياة المرضى الذين يتعاطونها.[3]

ويبدو هذا الالتزام واضحا في حالة قيام الصيدلي بتركيب الدواء بنسب معينة، إذ يسأل عن أي خلل في التركيب أو فساد عناصره وما يترتب على ذلك من أضرار أو تَسَمُّمات من أي نوع للمريض. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن إباحة عمل الطبيب أو الصيدلي مشروطة بأن يكون ما يُجريه مطابقا للأصول العلمية المقرّرة... وخطأ الصيدلي بتحضيره محلول

[1] Cass.1ᵉʳ civ: 07/11/2000, n° 1637 FS-P, " contrats - concurrence - consommation" Editions du juris- classeur, janvier 2001, France, p 13.

[2] محمود جمال الدين زكي: مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 392.

[3] عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 127.

النِتُوكَايِــيـــن كمخدر موضعي بنسبة 1% وهي تزيد عن النسبة المسموح بها طبيا يوجب مسئوليته جنائيا ومدنيا.[1]

كما تقوم مسؤولية الصيدلي كذلك في الحالات التي يقتصر فيها دوره على بيع الأدوية التي تورد له من المصانع، إذ أنه قادر من الناحية العلمية على التحقق من سلامة وصحة الأدوية التي تسلم إليه لبيعها للجمهور. ولكنه يستطيع الرجوع بعد ذلك بدعوى المسؤولية على المنتج إذا ما كان العيب القائم بالأدوية يرجع لصناعتها[2]. ذلك أن المنتج هو المسؤول الأول في هذه الحالة باعتبار أن التزامه هو التزام بالسلامة (obligation de sécurité).[3] وليس هناك من سبيل من أجل حماية المرضى وصيانتهم من الأخطار التي تهدّدهم عن طريق الأدوية والمواد الصيدلانية، إلا بإثبات سلطان وسيادة الالتزام بالسلامة بالنسبة للمنتجين والبائعين المحترفين والتزامهم بهذا المبدأ بالنسبة للالتزام بضمان العيوب الخفية[4]. وقد كرّس المشرّع الفرنسي بقوة القانون مسؤولية المنتجين والموردين للمواد الفاسدة وغير الصالحة بموجب قانون 1998/05/19 المتعلق بالمنتوجات الفاسدة.

ويشترك الصيدلي مع المنتج في المسؤولية إذا كان على علم بفساد أو عدم صلاحية الأدوية، ومع ذلك استمر في بيعها.

أما إذا كان الدواء سليما ومركبا بعناية ودقة متناهية، ومع ذلك ترتب عن تعاطيه إصابة المريض ببعض الأضرار نتيجة للعوامل الداخلية أو لحساسية المريض، فلا مسؤولية على الصيدلي أو المنتج، وإنما تثور مسؤولية الطبيب الذي وصف الدواء دون القيام بالفحص الأولي لجسم المريض لمعرفة مدى قابليته لهذا الدواء.

سابعا: الجراحة التجميلية: أشرنا في الفصل السابق إلى أن الطبيب بشأن هذا النوع من الجراحة، عليه التزام ببذل عناية جدّ يقظة، أكثر من العناية المطلوبة في العلاجات الطبية الأخرى .

[1] نقض جنائي: 1959/01/27. مذكور عند: محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 226.
[2] رضا عبد الحليم عبد المجيد: المسؤولية القانونية عن إنتاج وتداول الأدوية والمستحضرات الصيدلية، المرجع السابق، ص 200، 201.
[3] Cass.1er civ: 03/03/1998, J.C.P. La semaine juridique " Entreprise et affaires ", n° 27, 02 juillet 1998, paris, p 1102.
[4] Janine Revereau, Responsabilité des fabricants, op.cit, p 1102.

بل أكثر من ذلك فقد " ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأن التزام جراح التقويم والتجميل هو التزام بتحقيق نتيجة بحيث يسأل عن فشل العملية "[1]. وهذا نظرا لطبيعة هذا النوع من الجراحة الذي لا يكون الغرض منه علاج مرض ما عن طريق التدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويه أو عيب في الجسم. إلا أن الرأي الرّاجح فقها وقضاءً يعتبر التزام الطبيب جراح التجميل التزاما ببذل عناية، بالرغم من تشديد القضاء فيما يخص مسؤولية هذا الأخير كما سبق وأن رأينا ذلك.

ثامنا: عمليات نقل وزرع الأعضاء: تقوم مسؤولية الطبيب المدنية متى ارتكب أي خطأ طبي، كاستئصال العضو السليم بدلا من العضو المعطّل. أو كما لو أجرى للمريض عملية زرع عضو أو عملية نزع عضو خطيرة دون أن يُبَيِّن لأطراف العملية الطبية ، طبيعة وحجم المخاطر والآثار العرضية المحتملة عن العمل الطِّبي.[2]

وإدراكا من المشرع الجزائري لهذا الموضوع الحسَّاس ومراعاة منه لأهميته، فقد خصّص له الفصل الثالث " انتزاع أعضاء الإنسان وزرعها " من المادة 161 إلى 168 من القانون رقم 85-05 المعدل والمتمم، دون أن يُبَيِّن طبيعة التزام الطبيب في هذه العمليات.

غير أن كثيرا من البحوث الفقهية العربية منها والفرنسية فيما يتعلّق بعمليات نزع وزرع الأعضاء كيَّفت التزام الطبيب بأنه التزام بتحقيق نتيجة محدّدة، وهي ألاّ يصيب الشخص ضرراً ولا تسوء حالته مقارنة عمّا كانت عليه من قبل بسبب هذا التدخل الجراحي، بحيث يكون وقوع مثل هذا الضرر قرينة على الخطأ.[3]

[1] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 120.
[2] منذر الفضل: المرجع السابق، ص 127.
[3] Voir : Dieter Giesen : La responsabilité par rapport aux nouveaux traitements et aux expérimentations, communication au colloque de droit européen « la responsabilité civiles des médecins », organisé par le conseil de l'Europe avec la collaboration des université « Jean Moulin » et « Claude Bernard », LYON du 03-05 juin 1975, Ed. Masson, Paris, 1976, p 89 ets.
وانظر: محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 231.

خلاصة القول أن مسؤولية الطبيب في مجال نزع وزرع الأعضاء لا تقوم إلا على أساس الخطأ الثابت، ولا يعتبر الخطأ ثابتا إلاّ إذا كان ثبوته على وجه التحقيق. لذلك فإنه يتوجّب في عمليات نزع وزرع الأعضاء أن يكون الطبيب اختصاصي في العضو المراد نزعه.[1]

من خلال ما سبق بيانه تبدو لنا أهمية حصر نطاق التزام الطبيب ببذل عناية في المفهوم الضيق لفكرة العلاج، والتوسع بالمقابل في التزاماته التي تتضمن تحقيق نتيجة محددة. فمثل هذا التوسع يؤدي إلى تخفيف لعبء الإثبات الملقى على عاتق المريض المضرور ليقترب عمليا من إعفائه منه. ومن جهة أخرى ومن حيث تضمّن وصف التزام الطبيب بأنه نتيجة محددة لقرنية شبه قانونية وقاطعة، فإن هذا التوجه يقترب من حيث نتائجه العملية أيضا من استخلاص مسؤولية الطبيب من مجرد حدوث الضرر للمريض.

والحق أن هذا يقودنا في الواقع إلى الأداة القانونية الثالثة التي استخدمها القضاء كوسيلة – باعتبارها من مظاهر التوجه نحو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي– للحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات المريض لهذا الخطأ الطبي. متوجها في ذلك إلى إقامة نوع من المسؤولية غير الخطئية – أي لا تستند إلى الخطأ–، مفادها تقرير حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة التدخل الطبي، دون حاجة إلى البحث عن الخطأ ولو عن طريق افتراضه، وهذا ما نتناوله في هذا الفرع اللاحق.

الفرع الثالث:
المسؤولية دون خطأ

يقصد بالمسؤولية دون خطأ تلك التي تتحقق استنادا إلى الضرر الذي لحق بالمضرور استقلالا عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدّى إلى إحداث هذا الضرر.[1]

---

[1] منذر الفضل: المرجع السابق، ص 133.

وقد ظل التعويض حتى العام 1990 عن الأضرار الناجمة عن عمل المستخدمين في المرافق الصحية العامة يتطلب توافر الخطأ[2]. غير أنه سرعانما اتجه بعد ذلك القضاء إلى إقامة نوع جديد من المسؤولية غير المستندة إلى أي خطأ، وذلك عن طريق إقرار حق المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه دون الحاجة إلى البحث عن الخطأ أو افتراضه.

ولاشك أن اللجوء إلى مثل هذه الآليات القانونية هو إعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص الخطأ، ما يعني أنه لم يبق إلا العمل الذي سبب الضرر.[3]

وسنعالج موضوع المسؤولية دون خطأ من خلال إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ (البند الأول)، ثم محاولات القضاء العادي تطبيق ذلك (البند الثاني).

البند الأول:

إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ (المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة)

إن تقرير المسؤولية الإدارية دون خطأ[4] يُعدّ أحد الأعمال البارزة للقضاء الإداري في فرنسا، وبناء على ذلك فإن مسؤولية الإدارة لا تقوم على أساس ارتكاب خطأ من جانبها، وإنما لحدوث ضرر من نشاطها متى كان هذا الضرر يتجاوز في خطورته وخصوصيته الأضرار الطبيعية للحياة في المجتمع.[5]

وتتميز هذه المسؤولية بأمرين:

---

[1] F. Lioren - Frayne: La responsabilité sans faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J, bibliothèque de droit public, France, 1985, p 133.

[2] Fabienne Quilleré Majzoub: op.cit, p 597.

[3] عدنان إبراهيم سرحان: مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المرجع السابق، ص 224.

[4] لتفصيل أكثر والتوسع في هذا الموضوع: يراجع: حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص 25 وما بعدها. وقد تعرض في هذا المؤلف الجيد إلى جملة من تطبيقات هذه المسؤولية، مبرزا فكرة الخطر العلاجي كأساس لهذه المسؤولية غير الخطئية.

[5] سمير دنون: المرجع السابق، ص 199، 200.

وانظر كذلك: محمد نصر رفاعي: رسالته السابقة، ص 413.

الأول: هو أن فعل الغير أو الحادث الفجائي لا يشكل سببا لإعفاء الإدارة من هذه المسؤولية، ذلك أن هذه الأخيرة تتحقق بمجرد حصول الضرر.[1]

أما الأمر الثاني: فهو أن توافر حالة من حالات المسؤولية دون خطأ متعلق بالنظام العام، مما يعني أنه يجب على القاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك بها المدّعي في دعواه.[2]

والجدير بالذكر أن حالات وتطبيقات المسؤولية دون خطأ في تزايد مستمر، بحيث كان للقضاء الفرنسي دورا بارزا في إقرارها، ولاسيما من خلال حكمين شهيرين ومهمين، نبينهما على التوالي.

الفقرة الأولى:

حكم بشأن قضية Gomez[3]

أصدرت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة ليون الفرنسية Lyon، حكما مهما يتضمن حلا مبتكرا في قضية تتلخص وقائعها في أن الطفل Serge Gomez البالغ من العمر خمسة عشر عاما، أُدخل في العام 1983 إحدى المستشفيات المتخصصة في عمليات تقويم العمود الفقري بقصد إجراء عملية جراحية له باستخدام طريقة علاجية جديدة تدعى méthode de LUQUE غير معروفة النتائج بشكل كامل. ظهرت إثر العملية مضاعفات جسيمة، انتهت بعد ستة وثلاثون ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى.[4]

رفضت المحكمة الإدارية في ليون طلب التعويض الذي تقدمت به عائلة Gomez عن الضرر اللاحق بابنها Serge، استنادا إلى ما جاء في تقرير الخبيرين المكلفين من عدم وجود أي خطأ مرتكب من قبل الطبيب الجراح أو معاونيه.

استأنفت عائلة Gomez هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية بليون، فاستجابت لطلباتهم قاضية بمسؤولية المرفق الطبي العام وحق المضرور في التعويض. وجاء في حكمها " أن

[1] محمد عبد الله حمود: المرجع السابق، ص 170.
[2] عمر محمد السيوي: التطورات الحديثة في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية، مجلة دراسات قانونية، يصدرها بيت الحكمة، العدد السادس عشر، 2005، بغداد (العراق)، ص 51.
[3] C.A.A. Lyon: 21/12/1990, J.C.P. 1991-II- 21698, Note J. Moreau, Rec. C.E, p 498.
[4] حمدي علي عمر: المرجع السابق، ص 281.

استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون له، عندما لم تكن نتائجه معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها يؤدي إلى تحقيق مسؤولية المرفق الطبي عن المضاعفات الاستثنائية والبالغة الجسامة التي أصابت المريض، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ ".[1]

وبهذا القرار يكون القرار الإداري الفرنسي قد أقرّ لأول مرة المسؤولية دون خطأ عن عمل المرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته، مع حصر مجال هذه المسؤولية في حالة استخدام تقنيات جديدة غير معروفة النتائج، بالإضافة إلى أنها لم تكن الطريقة الوحيدة المتاحة لإجراء تلك العملية، كما لم يكن التدخل الجراحي مستعجلا أو تفرضه حالة الضرورة.

الفقرة الثانية:

حكم بشأن قضية Bianchi[2]

صدر بعد قرار Gomez عن مجلس الدولة الفرنسي قرار آخر معروف بقرار Bianchi بتاريخ 09 أبريل 1993. تتلخص وقائعه في أن السيد Bianchi أُدخل إلى أحد المراكز الطبية في مرسيليا Marseille إثر معاناته من انخفاض مستمر في الضغط ونوبات أعصاب – ولاسيما في الشق الأيمن من وجهه–، حيث أجريت له فحوصات بالأشعة لشرايين العمود الفقري تحت التخدير.

أصيب الرجل على إثر ذلك بالشلل، حيث ثبت أن هذه الحادثة وفقا لرأي الخبراء لم تكن نتيجة أي خطأ، وإنما نتيجة ما استخدم من أدوات لإجراء هذا الفحص أو نتيجة الأدوية التي حقن بها المريض واللازمة لإجراء هذا النوع من الأشعة.

فقضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض للسيد Bianchi بمبلغ يفوق المليون فرنك فرنسي، وأقام حكمه على أساس أن تنفيذ العمل الطبي هو الذي أدّى إلى حدوث الضرر، رغم أنه قد تم تنفيذ العمل المذكور بشكل صحيح ودون أي خطأ.[3]

---

[1] C.A.A. Lyon: 21/12/1990, J.C.P. 1991-II- 21698, Note J. Moreau, Rec. C.E, p 498.
[2] C.E: 09/04/1993, J.C.P 1993- II- 22061, Note J Moreau, Rec. C.E, p 127.
[3] C.E: 03/11/1997, Rec. C.E, p 412.

وهكذا توسع مجلس الدولة الفرنسي في المراحل اللاحقة، في نطاق أعمل المسؤولية دون خطأ للمستشفى العام. حيث أصدر بعد ذلك قرارا في 03 نوفمبر 1997 يعرف بقرار Hospital Joseph Imbert d'Arles[1]، تتمثل وقائع القضية في أن طفلا يسمى جمال مهراز Djamel Mehraz يبلغ من العمر خمس سنوات، أُدخل إلى المستشفى في 09 أبريل 1980 بناء على رأي طبيب العائلة لإجراء عملية ختان، دخل على إثرها الطفل في نوم سباتي عميق Coma لمدة عام كامل، قبل أن يتوقف قلبه عن النبض ويتوفى بعد ذلك.

اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد دخول الطفل إلى المستشفى، فهو تحت مسؤولية المرفق العام، ويسأل هذا الأخير عن الأضرار التي تلحق بالطفل [2]، رغم أنه لم يكن يعاني من أي مشاكل صحيّة، وأن الأزمة القلبية التي راودته كانت غير متوقعة بالنظر لحالته الصحية عند بداية العملية الجراحية. كما أن الفحوصات والتحاليل التي سبقت العملية أعطت نتائج طبية طبيعية.[3]

بهذا القضاء أكدّ مجلس الدولة الفرنسي المسؤولية غير الخطئية للمستشفى العام عن الأضرار التي تلحق المنتفعين بخدماته في الحدود السابق بيانها، بحيث لم يعد - كما ذكرنا فيما تقدم- مطلوبا من المريض المضرور إقامة الدليل على خطأ المستشفى، و لم يعد القاضي محملاً بعناء البحث عن وقائع يستخلص منها هذا الخطأ، وليس له من سبيل للتخلص من هذه المسؤولية إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور نفسه.

هذه النتيجة تقودنا للتساؤل عما إذا كان يمكن نقل هذه القواعد الجديدة في إثبات الخطأ الطبي من القضاء الإداري، لتطبيقها في القضاء المدني (العادي).

البند الثاني:
محاولات القضاء العادي تطبيق المسؤولية دون خطأ

[1] محمد عبد الله حمود: المرجع السابق، ص 174.
عمر محمد السيوي: المرجع السابق، ص 55- 59.

[2] J. Bonneau: op.cit, p 857.
[3] Fabienne Quilleré Majzoub: op.cit, p 587.

حاول القضاء العادي في فرنسا اللحاق بما أقرّه القضاء الإداري، بشأن المنتفعين بخدمات المستشفيات العامة. وكان ذلك من خلال الوسائل والأدوات القانونية المتوافقة مع مبادئ القانون الخاص[1]. وقد وجد هذا القضاء الوسيلة لذلك والمتمثلة في الالتزام بضمان سلامة المريض [2]، الذي رأى فيه أداة يمكن من خلالها الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به دون حاجة للبحث عن الخطأ الطبي سواء في جانب الطبيب أو المؤسسة الصحية الخاصة. وهي لاشك أضرار تستقل بطبيعة الحال عن العمل الطبي بمفهومه الفني، الذي يظل التزام الطبيب بشأنه التزاما ببذل عناية.[3]

وقد أصدرت في هذا الاتجاه محكمة باريس حكما بتاريخ 1997/10/30[4] قضت فيه بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتضرر بمناسبة العمل الجراحي، رغم أنه لم يكن من الممكن معرفة سبب ومصدر الضرر، وما إذا كان مرتبطا مباشرة بالتدخل الطبي الذي خضع له المريض.

وفي نفس الاتجاه أيدّت محكمة استئناف باريس التوجه السابق بقرار لها صادر بتاريخ 1999/11/15[5]، حيث قضت بالتعويض لمريض أصيب بالعمى أثناء خضوعه لعملية جراحية أنتجت خللا ما أصاب الأوعية الدموية للعين، دون أن يكون لهذا الخلل أي علاقة بالعملية الجراحية، ولم يكن متوقعا كتطور طبيعي للحالة التي كان يعاني منها المريض أصلا.

---

[1] Jean Calais - auloy: Ne mélangeons plus conformité et sécurité, Recueil Dalloz Sirey, 1993, 18e cahier chronique, France, p 132.

[2] حول موضوع الالتزام بالسلامة، راجع بصفة خاصة : محمد علي عمران: المرجع السابق، ص 34 وما بعدها. محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 229 إلى 465.

وأنظر كذلك لتفصيل أكثر :

Dennouni Hadjira :De l'étendue de l'obligation de sécurité en droit algérien, op. cit, p 11 ets.

Dennouni Hadjira : Rapport de synthèse « la sécurité des produits » - Colloque Algéro-français du 17-18 mai 2003, Revue semestrielle « Etudes Juridiques - دراسات قانونية », Editée par le laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit, Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 03, 2006, p 49, 50.

Naceur Fatiha : op. cit, p 52 ets.

Christophe Radé : L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, op. cit, p 115 - 127.

[3] مصطفى الجمال: المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المرجع السابق، ص 115. محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 235.

[4] T.G.I Paris: 30/10/1997, Les petites affiches, 24 juin 1998, France, p 26.

[5] C.A.P: 15/11/1999, Gaz. Pal. 1999 - I, France, p 911.

وأكدّت المحكمة في قرارها أنه يقع على عاتق الجرّاح التزام بالسلامة، يلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب المريض نتيجة العملية الجراحية، حتى في حالة غياب الخطأ، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بالمرض الذي كان يعاني منه قبل التدخل الجراحي.

والواقع أن هذا التوجه لم يقتصر على قضاة الموضوع، بل إن محكمة النقض الفرنسية أقرت أيضا ذات التوجه في قرار – على الأقل من حيث ما تحمله من نتائج–، أصدرته في 07 جانفي 1997[1].

وتتلخص وقائع القرار في أن شخصا كان يعاني من آلام في ذراعه الأيسر، مما استدعى إجراء عملية جراحية له، وأثناء مباشرتها قطع الطبيب الجراح شريانا للمريض لا يتعلق بالعمل الجراحي في يده اليسرى، ولكنه كان ملتصقا بالشريان الذي أجريت الجراحة من أجله، ترتب عن ذلك إصابة المريض بتريف حاد انتهى بوفاته.

أقامت زوجة المتوفي دعوى قضائية أمام محكمة Evry، أين قضت بمسؤولية الجراح على أساس أنه ارتكب مسلكا غير سليم في إجراء الجراحة نتيجة رعونته وعدم مراعاته للأصول الفنية[2]. غير أن محكمة استئناف باريس ذهبت عكس ذلك، ونفت وجود أي خطأ في جانب الجراح، وأكدّت على أن الجراحة أجريت وفقا للأصول العلمية الثابتة وذلك بناء على ما ورد في تقرير الخبراء. وانتهت إلى القول بأن الوفاة كانت نتيجة تفاقم غير متوقع لحالة المريض.

قامت الزوجة بعد ذلك بالطعن بالنقض أمام محكمة النقض التي قضت بمسؤولية الجراح، معتبرة أن حكم محكمة الاستئناف يشكل مخالفة للمادتين 1135 و1147 من القانون المدني الفرنسي. وانتهت إلى أن الضرر الذي حدث للمريض (الوفاة) قد وقع بفعل الطبيب الجراح غض النظر عن ثبوت خطأ في جانبه من عدمه.

[1] Cass.civ: 07/01/1997, Gaz. Pal. 1999 - I, France, p 32, p 915.

[2] محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 128.

وهكذا تكون محكمة النقض قد اعترفت بأن التزام الطبيب الجراح تجاه مريضه إنما هو التزام بالسلامة، وليس للجراح من سبيل لنفي المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور.

وتتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية في تقرير المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة إخلاله بالتزامه بسلامة المريض، حيث صدر بتاريخ 03 فبراير 1998 [1] قرار يقضي بمسؤولية طبيب الأسنان عن كسر فك المريض، رغم أن هذا الضرر لم يكن متوقعا. ثم أصدرت قرارين يؤكد أحدهما الآخر، الأول قرار Belledonne بتاريخ 16 جوان 1998[2]، والثاني قرار Bonnici الصادر في 21 ماي 1996[3]، فيما يتعلق بمسؤولية المستشفى عن الأضرار الناتجة بعد إجراء العمليات الجراحية في المستشفيات، وذلك من خلال إقرارها بوجود قرنية على خطأ المستشفى في حالة إصابة المريض بعدوى Infection Nosocomiale أثناء تواجده به.

وهكذا وضعت محكمة النقض تطبيقا آخر للالتزام بالسلامة، فيما يتعلق بثبوت المسؤولية في جميع الحالات التي تنتقل فيها العدوى للمريض أثناء تواجده بالمستشفى Infection Nosocomiale[4]. بل إنها مدّت هذا الالتزام وتوسعت فيه ليشمل الطبيب أيضا، حيث أصبح ملزما بتحقيق نتيجة مفادها ضمان سلامة المريض من عدم انتقال العدوى إليه أثناء تردّده عليه.[5]

وفي حكم آخر أيدّت محكمة النقض الفرنسية التوجه السابق لمحكمة حل الخلافات [6] في قرارين صادرين عنها، في 09 ماي 2001[1] و17 جويلية 2001[2]، حيث قررت فيهما أن بنوك الدم لا

---

[1] Cass.civ: 03/02/1998, J.C.P. 1998 -I, France, p 187.
Cass.1er civ: 25/02/1997, Responsabilité civile et assurance, Edition du juris- classeur, Hors- série, (juillet-août) 1999, France, p 09.
[2] Cass.civ: 16/06/1998, Responsabilité civile et assurance, Edition du juris- classeur, Hors- série, octobre 1998, France, p 19.
[3] Cass.civ: 21/05/1996, R.T.D. civ, 1996, France, p 913.
[4] Cass.civ: 29/06/1999, D. 1999, J.P, p 559.
Et pour plus de détails voir: Mireille Bachache, Gibeili: Infections nosocomiales, http://www.Doccismef.chu -rouen.Fr. mise à jour le: 13/01/2004.
[5] Cass.civ: 29/06/1999, D. 1999, J.P, p 559. سبق الإشارة إليه
انظر في التعليق على ذلك وتفصيل حالات العدوى الناشئة داخل المستشفيات :
Philipe le Tourneau et Loïc Cadiet: op.cit, p 767 ets.
Pierre Flori: Les infections nosocomiales, http://www.droit-medical.net. mise à jour le: samedi 02/04/2005.
[6] Trib. Conf: 14/02/2000, J.C.P 2001- II- 10584, Note Hardy.
أشار إليه: علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 140.

تستطيع أن تدفع وقوع الخطأ الطبي من جانبها بإثبات أن الدم الذي لديها كان خاليا من أي عيب.

وقد كرّس المشرع الفرنسي هذا التوجه لمحكمة النقض، فنص على أن مسؤولية بنوك الدم، هي مسؤولية دون خطأ عن الأضرار التي يتعرض لها المتبرع بالدم، في الحالة التي يتم فيها تعديل خصائص دم المتبرع، قبل سحبه منه.[3]

نخلص مما سبق تفصيله أن تلك الآليات القانونية التي وضعها القضاء مدعما بالفقه، تهدف إلى غاية واحدة هي مدّ يد العون للمريض للنهوض بعبء إثبات الخطأ الطبي الذي يدعيه في وجه الطبيب أو المستشفى، ومحاولة تحريره من هذا العبء.

والواقع أنه بالرغم من تأكد هذا التوجه من خلال التطبيقات القضائية السالف الإشارة إليها، فلازال القول بذلك مبكرا، ذلك أن الأمر ينطوي على قدر من التردد لمسناه من خلال عرض أحكام القضاء. ومن هنا كانت دعوة جانب من الفقه إلى ضرورة تدخل المشرع في هذا المجال لإقرار نظام قانوني يسمح بتعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية.

ونختم موضوع عبء الإثبات بتوضيح هذا الأمر في الفقه الإسلامي، فنقول أنه إذا كان الوضع في الفقه القانوني تبعا لما وصل إليه قضاء النقض الفرنسي كما بيناه سابقا. فإن إثبات الخطأ الطبي في الفقه الإسلامي يستلزم التفرقة بين صورتين للخطأ:

الأولى: التعدي أو الخطأ بالمباشرة: حيث يكون المباشر للفعل هو الفاعل له بالذات، أو هو من يلي الأمر بنفسه[4]. ولما كانت القاعدة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد، فإن المضرور لا يتحمل عبء إثبات التعدي في جانبه، ذلك أن التعدي ثابت بالمباشرة.[5]

وبناء على ذلك فإن وقوع الضرر بفعل الطبيب مباشرة دون واسطة بينه وبين الضرر المتحقق، يعفي المريض من إثبات تعديه.

وقد قررت المحكمة أن بنوك الدم مسؤولة عن وجود ضرر محقق، نتيجة نوعية الدم المنقول، حتى ولو لم يتمكن المتضرر من إثبات خطئهم.

[1] Cass.1er civ: 09/05/2001, S.J, Edition général, n° 13, 27 mars 2002- I- 124, France, p 600, 601.

[2] Cass. 1er civ: 17/07/2001, S.J, op.cit, p 602.

[3] Voir l'article 664 al 4 du code de la santé publique français modifiée et complétée.

[4] بسام عبد الوهاب الجابي: المرجع السابق، ص 43.

[5] أحمد بن محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص 453.

وفي هذا الصدد يقول الإمام الصنعاني:" ...اللهم إلا أن يكون ثمة أثر من فعل الطبيب يدل على المباشرة، فإن القول قول المجروح لأن معه شاهد حال من غير يمين ".[1]

أما الصورة الثانية: وهي التعدي بطريق التسبب، يكون المتسبب هو الذي أحدث أمرا يؤدي بعد تدخل أمر آخر إلى حدوث الضرر[2]، أو هو فاعل ما يُفضي ويوصل إلى الضرر، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعديا[3]، وهو ما تقضي به القاعدة الفقهية من أن المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعديا[4]. ولذلك يتحتم إثبات التعدي في جانب المتسبب أن يقيم المضرور الدليل على ذلك وفقا للقاعدة الشرعية المستقاة من الحديث الشريف:" البينة على المدعي واليمين على من أنكر ".[5]

وتطبيقا لذلك فإنه على المريض الذي يدعي خطأ الطبيب، في حالة التسبب في الضرر أن يثبت تجاوز هذا الأخير الحد المرسوم شرعا في ممارسة عمله.

يقول الإمام البيجرمي الشافعي في حاشيته على الخطيب: " ولو اختلفنا في التعدي وعدمه، صدق الأجير – الطبيب– بيمينه في نفيه، لأن الأصل عدمه وبراءة ذمته من الضمان... ضمان اليد... وضمان الجناية ".[6]

وفي هذا المعنى أيضا يقول الإمام الصنعاني: " اختلاف الأجير والمستأجر... كالمعالج والمجروح، إذا ادّعى أن الذي عالجه جنّى عليه بالمباشرة، وقال الأجير، بل بالسراية إذا كان بصيرا، وإلا فهو ضامن، فإن البينة على المضرور ".[7]

[1] الإمام أحمد بن قلسم العنسي اليماني الصنعاني: التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، الطبعة الأولى، مكتبة اليمن الكبرى، اليمن، 1366هـ/ 1947م، ص 131 وما بعدها.
[2] وهبة الزحيلي: المرجع السابق، ص 69.
[3] أحمد بن محمد الزرقا: المرجع السابق، ص 455.
[4] العلامة أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي: المرجع السابق، ص 146.
[5] رواه الترمذي في سننه.
[6] الشيخ سليمان البيجرمي: حاشية البيجرمي على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشيخ محمد الشربيني، الجزء الثالث، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1370هـ/1951م، ص 181.
[7] الإمام أحمد بن قلسم العنسي اليماني الصنعاني: المرجع السابق، ص 131.

هذا وبعد أن تناولنا عبء إثبات الخطأ الطبي من حيث إسناده التقليدي للمريض المضرور باعتباره مدعيا، ثم حدود – استثناءات– هذا الإسناد، ننتقل لدراسة كيفية إثبات الخطأ الطبي من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني:
كيفية إثبات الخطأ الطبي

الواقع أن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب ليست من نوع واحد، ذلك أن الالتزامات التي يلتزم بها في ممارسة مهنة الطب ليست من طبيعة واحدة. فمنها ما يتعلق بالعمل الطبي والعلاجي بالمعنى الفني أو التقني، ومنها ما هي مستقلة عن مفهوم العلاج ولكنها تبقى وثيقة الصلة بالعمل الطبي.

لذلك استقر تمييز غالبية الفقه والقضاء[1] بشأن الأخطاء أو الأعمال الطبية التي قد يأتيها الطبيب بين نوعين: أعمال (أخطاء) مادية وهي مرتبطة بالجوانب الأخلاقية والإنسانية لمهنة الطب، وأعمال (أخطاء) فنية مهنية وهي التي تتعلق بالأصول والجوانب التقنية أو الفنية لمهنة الطب.

ولاشك أن لهذا التمييز بين نوعي الأخطاء الطبية أهمية خاصة في مجال الإثبات، وتقدير القاضي للخطأ المُدّعى به تجاه الطبيب والتحقق منه. فقد رأينا فيما تقدم أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع من حيث المبدأ على عاتق المريض المضرور [2]، الذي يكون عليه بمقتضى هذا العبء إقامة الدليل

[1] Jean Penneau: La responsabilité du médecin, op.cit, p 16
Yvonne Lambert - Faivre: Droit du dommage corporal- système d'indemnisation, 3ème éd, précis Dalloz, Paris, 1996, p 651.
جاسم علي سالم الشامسي: مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 402.
منير رياض حنا: المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 306.
[2] أنظر المطلب الأول من المبحث السابق، ص 116.

على الوقائع التي يرى أنها تشكل خطأ من جانب الطبيب. ليأتي بعد ذلك دور القاضي في التحقق من مدّى انطباق وصف الخطأ على الوقائع التي أثبتها المريض المضرور.[1]

أما بشأن كيفية التحقق – إثبات– من هذا الخطأ فتختلف تبعا لطبيعة، وهو ما يقتضي معرفة مضمون الالتزام المدعى به في مواجهة الطبيب، من هذا المنطلق فإن تناول الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية يكشف عن خصوصياتها فيما يتعلق بإثباتها مقارنة بالأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية.

لذلك رأينا من المناسب تقسيم هذا المطلب ودراسته على نفس النهج (التقسيم) الذي اعتمدناه، بحيث نتناول كيفية إثبات الأخطاء المرتبطة بالجوانب الإنسانية أولا (مطلب أول)، ثم كيفية إثبات الأخطاء الفنية ثانيا (مطلب ثاني).

المطلب الأول:

إثبات الأخطاء ذات الطبيعة الإنسانية والأخلاقية

تنطوي مهنة الطب على جانب هام من القواعد الأخلاقية والممارسات الإنسانية، ذلك أن رسالة الطبيب إنما هي رسالة إنسانية بالدرجة الأولى تهدف إلى حماية حياة الإنسان وحفظ صحته. وقد نصت على ذلك المادة 06 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري المقابلة لنص المادة الثانية من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي بقولها: " يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري".[2]

والأخطاء التي نحن بصدد دراسة كيفية إثباتها هنا تقوم على نتيجة مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف إلى احترام هذا البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية، وتتعدد صور الأخطاء التي يشير إليها الفقه[3] في هذا المجال، من ذلك رفض الطبيب المسارعة لتقديم الرعاية والعلاج لمن هو في حاجة إليه

[1] فوزي أدهم: نحو تطبيق واقعي لمسؤولية الطبيب في لبنان، بحث ضمن كتاب:المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 341، 342.
أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب- مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة-، المرجع السابق، ص 77.

[2] وانظر نص المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب كذلك.
L'article 02 du code de déontologie médicale français.

[3] محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 15.

أو لمن يطلبه، عدم التزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني. ولعل من أهم صور هذه الأخطاء والتي حظيت بقدر كبير من الاهتمام والبحث، تلك المتمثلة في عدم التزام الطبيب بإعلام المريض، ومخالفة الطبيب لالتزامه بالحصول على رضاء المريض. وقد انعكست هذه الصور المختلفة على طريقة وكيفية إثباتها نظرا لخصوصياتها المتمثلة في استقلالية القاضي حسب الأصل بتقديرها من ناحية، كما أن إثباتها يتم في ضوء طبيعة الالتزام الذي خالفه الطبيب ومضمونه من ناحية أخرى.[1]

الفرع الأول:
قرائن إثبات التزام الطبيب بالإعلام

التزام الطبيب بإعلام المريض – كما سبق وأن رأينا– يلزمه بأن يحيطه علما بحالته الصحية وبالعلاج الذي ينوي القيام به وما يترتب عليه من نتائج ومخاطر وآثار جانبية. وعندها يستطيع المريض التعبير عن رضائه بالعمل الطبي، فيكون رضاؤه حرا ومستنيرا.

وطبيعي أن الالتزام بالإعلام يلازم الطبيب طيلة علاقته الطبية بالمريض، وعبر مختلف مراحلها من تشخيص وعلاج وجراحة...، بل ويمتد إلى المراحل اللاحقة على العلاج.[2]

وقد سبق أن عالجنا بالتفصيل التزام الطبيب بإعلام المريض سواء من حيث طبيعة الالتزام أو من حيث مضمونه وصفات ومقدار المعلومات، أو من حيث حدوده وأبعاده [3]. غير أن ما يهمنا في هذا البند هو البحث عن كيفية إثبات هذا الإعلام.

لم تتناول مدونة أخلاقيات الطب الصادرة في 06 جوان 1992 هذا الموضوع بشكل واضح ومفصّل، كما أن القضاء الجزائري من جهته لم يتعرض بأحكام أو قرارات لكيفية إثبات التزام الطبيب بالإعلام. واقتصر الأمر على بعض البحوث العلمية فقط التي تعرضت له.[4]

---

[1] محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 141 وما بعدها.
[2] مجدي حسن خليل: مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 52.
[3] راجع الصفحة 243 وما بعدها.
[4] راجع في ذلك: بن صغير مراد: مدى التزام الطبيب بإعلام المريض - دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق - جامعة مولود معمري، تيزي وزو (الجزائر)، عدد خاص 01 ، 2008، ص 170 - 208.
سامي بديع منصور: المسؤولية المدنية - القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود- تقارب أم تباعد، المرجع السابق، ص 53.

غير أن الجهة السباقة والتي كان لها الفضل في إرساء قواعد وأحكام جديدة ومتميزة فيما يتعلق بالإعلام هي القضاء الفرنسي. فقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1997 أن إثبات التزام الطبيب بإعلام المريض إنما يتم بكافة الوسائل "La preuve de cette information peut étre faite par tous moyens."[1]

وعلى ذلك فإثبات هذا الإعلام لا يتقيد بشكل معين، وإن كان بعض الفقه يرى بأن يكون ذلك كتابيا[2]، كما هو الشأن بالنسبة للعمليات الجراحية الخطيرة أو عمليات زرع الأعضاء[3] أو عمليات التجميل.

وتكريسا لهذا التوجه وفي نفس السياق، أصدرت محكمة النقض حكما آخر لها في 27 ماي 1998[4] قرارا أعادت بموجبه التذكير بتوجهها السابق في 14 أكتوبر 1997، حيث قضت بأنه يمكن للطبيب إثبات قيامه بالتزامه بالإعلام بكافة الطرق وبصفة خاصة من خلال شهادة الشهود والقرائن القانونية.

غير أننا نشير إلى أن إتباع وسيلة من وسائل الإثبات قد يثير الكثير من الصعوبات إذ قد يتعارض القول بالاستعانة بشهادة الشهود مثلا لإثبات إخلال الطبيب بالإعلام، مع المحافظة على قدسية سر المهنة الطبية، كما أنه كيف يمكن الاستعانة بشهادة الشهود مثلا في مسائل فنية تقنية متعلقة بمهنة الطب؟ مما قد يؤدي إلى زعزعة روح التضامن القائمة بين الطبيب وباقي أعضاء السلك الطبي.

---

[1] Cass.1er civ: 14/10/1997, J.C.P.G, n° 45, 06 novembre 1997, p 492. سبق الإشارة إليه

[2] Jean Penneau: Les fautes médicales, op.cit, p 10, 11.
Alain Bensoussan: L'information des patients: pourquoi, qui, comment? http://www.doctissimo.fr. mis à jour le: 12/07/2007.
Jean François Carlot: Evolution de la responsabilité médicale- actualités juridiques du risque médical, http://www.jurisques.com, mis à jour le: 17/08/2005.
Durrieu- diebolt: Les droits du patient, http://www.sos-net.eu.org. mise à jour le: 13/01/2007.

[3] انظر نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم.

[4] Cass.1er civ: 27/05/1998, Recueil Dalloz Sirey, n° 02, 14 janvier 1999, France, p 21- 24.

لاشك أن مثل هذه الاعتبارات تدفعنا في الواقع للقول باعتماد الكتابة كوسيلة آمنة لإثبات تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام الملقى على عاتقه، فمن خلال الكتابة سيتوافر لدّى الطبيب هامش من الاستقلالية والحرية، بل والهدوء النفسي، وبالتالي تفادي النزاع مع المريض بشأن هذا الإعلام.[1]

وقد سارع المشرع الفرنسي إلى تبني هذا الاقتراح من خلال القانون رقم 303- 2002، المؤرخ في 04 مارس 2002، والمتعلق بالصحة وحماية حقوق المرضى[2]، حيث كرّس نفس الأبعاد التي قررتها الاجتهادات السابقة.

وعلى هذا التوجه غالبا ما يلجأ الأطباء – ولاسيما فيما يتعلق ببعض التدخلات الطبية المنطوية على بعض المخاطر أو الآثار الجانبية غير المرغوبة– إلى إعداد نموذج كتابي يوضح فيه جميع المسائل التي يجب أن يُعلم بها مريضه ويوقع عليها هذا الأخير قبل إجراء التدخل الطبي.

إن التزام الطبيب بإعلام المريض ما هو في نهاية الأمر إلا احتراما لإنسانيته وحفظا لكرامته وصيانة لحرمة جسده، وهذه هي الرسالة التي يحاول القضاء الحديث إرساءها في الوسط الطبي، حيث لا ينسى الأطباء أنهم في النهاية يتعاملون مع البشر.[3]

الفرع الثاني:
كيفية إثبات الحصول على رضاء المريض

رغم الارتباط الوثيق بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالحصول على موافقة المريض ورضائه بالعمل الطبي، فإن محكمة النقض الفرنسية لا تزال تجعل عبئ إثبات عدم حصول الطبيب على رضاء المريض على عاتق هذا الأخير. مع العلم أن هذا الالتزام إنما هو التزام بتحقيق نتيجة نظرا لعدم تضمنه أي عنصر للاحتمال، شأنه في ذلك شأن الالتزام بالإعلام.[4]

[1] J.F. Pansier: Le consentement à l'hôpital, Gaz. Pal 1999, Numéro spécial de colloque:" Le consentement aux actes médicaux ", France, p 11 ets.
[2] L'article 1111 de la loi n° 2002-303 du 04 mars 2002.
[3] Desgraviers. A, Bressonc. C, Rodat. O: Le renversement de la charge de la preuve en matière d'information médicale, http://www.soo.com.Fr. mise à jour le: 07/04/2006.
[4] محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 193.

ونعتقد – مع البعض [1]– أن المنطق والعدالة يقضيان بأن يقع عبئ إثبات موافقة المريض على عاتق الطبيب، وليس على عاتق المريض باعتباره الطرف الأضعف في هذه العلاقة. ذلك أن الطبيب بهذا الإثبات إنما يبرر العمل الذي أقدم عليه، فليس معقولا أن يُطلب مت المريض إثبات واقعة سلبية، تتمثل في تقديم الدليل على عدم قيام الطبيب بالحصول على موافقة المريض قبل إجراء الجراحة أو مباشرة العلاج.

وتزداد صعوبة النهوض بهذا العبء بشكل واضح بالنظر إلى كون العقد الطبي عقدا شفهيا في الأصل، بل يمكن أن ينعقد ضمنيا.

وإذا كان القضاء لم يتدخل لمواجهة الصعوبات التي يصادفها المريض في سبيل النهوض بعبء إثبات عدم حصول الطبيب على رضائه بالعمل الطبي، فقد تدخل المشرع الفرنسي في المقابل في بعض الحالات، حيث فرض الحصول على الموافقة الكتابية من المريض كشرط لإجراء بعض الأعمال الطبية، مثل الأبحاث الطبية على البشر [2] في مجال نقل وزرع الأعضاء [3]. كما اشترط المشرع الفرنسي كذلك الرضاء المكتوب في حالة الوقف (القطع) الإرادي للحمل [4]، فقد نصت المادة 5/162 من قانون الصحة العامة على أنه:" إذا جددت المرأة طلبها بالإجهاض بعد الاستشارات المبينة بالمادة 3/162 و4 المقابلة للمادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، يتعين على الطبيب أن يطلب منها تأكيدا مكتوبا ".

ونفس التوجه سار عليه المشرع الجزائري، من خلال اشتراطه للكتابة كتعبير صريح وواضح عن رضاء المريض بالتدخل الطبي من خلال عمليات نقل وزرع الأعضاء وفقا لما نصت عليه

عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 51.
[1] محمد حسين منصور: المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 40.

[2] L'article 209/9- 6 du code de la santé publique français.

[3] L'article 671/3 -2 du code de la santé publique.

[4] Voir: Pierre Sargos: Réflexions "Médico- Légales" sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, J.C.P- La semaine juridique Edition générale, n° 21-22, 23 mai 2001, France, p 1042.
Ammar Guesmi: La responsabilité du médecin en matière D'I.V.G en France, La revue Algérienne des sciences juridiques, Economique et Politique, Tome 33, n° 02, Volume XXXIII, 1995, Algérie, p 304.
Voir aussi : Dennouni Hadjira : L'arrêt Perruche et les perspectives de la responsabilité médicale, Revue semestrielle « Etudes Juridiques - دراسات قانونية », Editée par le laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit, Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 01, 2004, p 01, 46.

المادتين 162 و165 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، أو من خلال رفضه لهذا العلاج الطبي كما أشارت إلى ذلك المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب.

ففي هذه الأحوال يكون إثبات الرضا بالطرق التي حددها القانون: إمّا بموجب الكتابة، أو وفقا للقانون الفرنسي بموجب وضع موافقة المريض ورضائه لدى المحكمة أو تقديمها أمام القاضي.[1]

ومهما يكن من أمر فإن من شأن هذه التدابير تخفيف تبعة الإثبات الملقى على عاتق المريض المتضرر، كما أنها تعفيه من مشقة البحث عن الدليل لإثبات عدم رضائه بالعمل الطبي. وبناء على ذلك متى تخلف الشكل الذي تطلبه القانون (الكتابة مثلا)، يجعل من تدخل الطبيب دون رضاء المريض عملا غير مبرر، وعلى الطبيب أن يثبت كتابيا رفض المريض للخضوع للفحوصات الطبية.[2]

أما في غير الحالات المتقدمة التي أشرنا إليها، فلا يزال عبء إثبات عدم الحصول على رضاء المريض على عاتق هذا الأخير، كما قضت بذبك محكمة النقض الفرنسية. وعلى كل حال ففي ظل هذا التوجه يكون للمريض إثبات عدم الحصول على موافقته بالعمل الطبي بكافة طرق الإثبات[3]، التي غالبا ما تتم من الناحية العملية عن طريق القرائن القانونية.

الفرع الثالث:
كيفية إثبات رفض الطبيب علاج المريض

سبق وأن تطرقنا في الفصل السابق لخطأ الطبيب المتمثل في الامتناع عن معالجة المريض، ورأينا أن حرية الطبيب في هذه المسألة ليست مطلقة، بل مقيدة بقيود إنسانية نظمها المشرع من خلال

[1] علي عصام غصن: المرجع السابق، ص 149.
[2] وفقا لما نصت عليه المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب.
انظر: محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 41.
[3] عبد الرشيد مأمون: عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 52.

النصوص القانونية. حيث عاقب المشرع على جرائم الامتناع من خلال المواد 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، وهي التي تسمى بجرائم أو أخطاء الإهمال، المقابلة للمادتين 221 و19/222 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 564 من قانون العقوبات اللبناني.

هذا وقد تناولت المادتين 50، 2/52 من مدونة أخلاقيات الطب، والتي تقابلها المادة 32 من تقنين أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي والمادة 08 من نظام مزاولة المهن الصحية السعودي، واجب الطبيب الذي قبل علاج المريض بأن يلتزم بتأمين العلاج الضروري شخصيا للمريض أو التأكد من وجود طبيب آخر يقوم بذلك.

ونشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد أقرت في هذا الصدد بخطأ طبيب التوليد الذي ترك المريضة أثناء عملية الولادة دون اعتناء بتوفير زميل آخر بديلا له تتوافر فيه الكفاءة المطلوبة لمثل حالتها.[1]

كما قضت كذلك بمسؤولية الطبيب الذي ترك المريض لرعاية شخص آخر ثبت أنه مساعد طبيب غير متخصص، بالإضافة إلى رفضه الانضمام بعد ذلك إلى زملائه في تشخيص حالة نفس المريض، مما تسبب في تأخير علاجه.[2]

كما قضى القضاء اللبناني بتاريخ 21 جويلية 2001 [3] بمسؤولية الطبيب عن عدم إغاثة وتقديم المساعدة لمريضة حامل تسبب في وفاة جنينها طبقا للمادة 567 من قانون العقوبات.

من جهة قضى القضاء الجزائري بمسؤولية الطبيبة التي تعمل اختصاصية أمراض العيون عن عدم تقديمها المساعدة لشخص في حالة خطر بالمستشفى، طبقا لنص المادة 182 من قانون العقوبات.[4]

وخلاصة القول أن المريض له أن يثبت عدم تقديم الطبيب للعلاج الضروري أو المساعدة الطبية بكافة طرق الإثبات طبقا للقواعد العامة، ذلك أن المشرع لم يقيّد إثبات الامتناع باعتباره واقعة سلبية بوسيلة دون أخرى.

---

[1] Cass.civ: 12/07/1976, B. civ. 1, n° 258.

[2] Cass.civ: 29/10/1963. D.II, 1964.
أشار إليه: محسن عبد الحميد إبراهيم البنية: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 206. الهامش رقم 05.

[3] القاضي المنفرد في طرابلس: 2001/07/21، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا الجزائية، لبنان، 2001، ص 341.

[4] قرار مجلس قضاء تلمسان: 1994/01/03. قرار غير منشور.

المطلب الثاني:
إثبات الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية

لا يسمح لغير القاضي بتقدير الخطأ الطبي أيا كان طبيعة هذا الخطأ الذي يدعى نسبته إلى الطبيب، فإذا كان استخلاص الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية يتم على ضوء الموجبات التي تهدف إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته، فإن الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية، إنما يتم استخلاصها بالرجوع إلى الأصول الفنية المستقرة في علم الطب، وهو ما يكون عادة باستعانة المحكمة بخبير محلّف من أهل المهنة للقيام بذلك.

وغني عن البيان أن أكثرية الأخطاء الطبية، هي ذات طبيعة فنية، وذلك لشمولها كافة مراحل النشاط الطبي، ما يعني الاختلاف والتنوع الكبيرين في هذه الأخطاء، الأمر الذي يبين أهمية وصعوبة إثبات هذا النوع من الأخطاء.

لذلك وعلى ضوء ما سبق سنتناول كيفية إثبات الأخطاء الفنية الطبية من خلال دور القاضي في إثبات الخطأ الفني الطبي (البند الأول)، دور الخبير في إثبات الخطأ الفني الطبي (البند الثاني).

الفرع الأول:
دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الفني

خُوّل القاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القضائية من ظروف ووقائع الدعوى بما له من سلطة التقدير، فهو لا يقوم بإثبات الخطأ الطبي، وإنما بالتحقق من نسبة حدوث الوقائع التي أثبتها

المريض على الطبيب من جهة، وعرض هذه الوقائع على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان يمكن استنباط خطأ الطبيب منها من جهة أخرى.[1]

وعلى هذا الأساس فمسألة تقدير أو تكييف الخطأ " إنما هي من تقدير الوقائع، التي هي من اختصاص قضاة الموضوع، ولا رقابة عليه من المحكمة العليا، مادام أن تكييفه يتماشى والتصنيف الشرعي للعقوبات التأديبية ".[2]

ويقوم القاضي باستخلاص الخطأ الفني الطبي من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب المدعى عليه والسلوك الفني المألوف، للتحقق من مدى خروج الطبيب على السلوك المألوف الواجب الإتباع، ما يعني ضرورة البحث عن المعيار الذي يمكن للقاضي من خلاله قياس سلوك الطبيب ومدى اعتباره خاطئا.

فكيف يتحقق القاضي من مخالفة الطبيب للأصول المستقرة في العلوم الطبية، أو بمعنى آخر ما هو المعيار الذي يعتمده القاضي للتثبت من وقوع الخطأ الطبي في جانب الطبيب؟.

أشرنا في بداية هذه الرسالة إلى أن الخطأ يُعرف بصفة عامة بأنه الخروج على السلوك المألوف للرجل العادي.[3]

هكذا يتضح لنا من هذا التعريف أن الخطأ يتم تقديره من خلال المقارنة بين مسلك معين، ومسلك آخر، والواقع أن هذه المقارنة تتم بإتباع إحدى الطريقتين: فإما أن يقارن مسلك الطبيب المدّعى عليه بمسلكه العادي، للنظر فيما إذا كان مقصرا أم لا، وبالتالي يكون المعيار معيارا شخصيا، وإما أن يقارن ما وقع من الطبيب بمسلك طبيب آخر، يعتبر أنموذجا للطبيب الوسط العادي في أعماله وتصرفاته ويكون المعيار معيارا موضوعيا.[4]

لاشك أنه إذا اعتمدنا المعيار الشخصي، تعيّن على القاضي النظر في وضع كل طبيب بالنسبة لمواهبه الشخصية ولوضعه الذهني وخبرته المهنية ووضعه الاجتماعي والثقافي، ليقرر ما إذا كان قد

---

[1] أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 25.

[2] قرار المحكمة العليا: بتاريخ: 1994/11/22، ملف رقم 111662، قضية (ج.ع) ضد (مؤسسة الأشغال العمومية لولاية معسكر)، ن. ق، العدد 50، 1997، ص 120. وانظر: قرار آخر للمحكمة العليا: 1964/12/30، م. ج، 1965، ص 88.

[3] عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، المرجع السابق، ص 524.

[4]، [5] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 121.

استعمل الدراية التي يتحلى بها عادة في تصرفه أم أنه أهمل ما اعتاد عليه من حيطة وحذر، مقصرا بالتالي في أدائه واجباته على الوجه الذي اعتاد عليه في تأديتها، فيكون بذلك مخطئا.[1]

أما إذا اعتمدنا المعيار الموضوعي، الذي يقوم على تصوّر نظري لما كان مُفترضا من تصرف لدى الطبيب العادي، الذي يتمتع بمعرفة ودراية وكفاءة وانتباه، ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بمرتكب الفعل عند أدائه لعمله.[2]

فإذا اتضح للقاضي بأن الطبيب لم يقم بما كان سيقوم به الطبيب العادي فيما لو وجد مكانه، فيعتبر مهملا في اتخاذ واجبات الحيطة والحذر التي يجب على الطبيب أن يقوم بها، وبالتالي فهو مخطئ تحققت مسؤوليته.[3]

لقد تبنى المشرع الجزائري مفهوم الرجل العادي (الأب الصالح) كنموذج للمقارنة، مثلما هو الحال مثلا في نص المادة 154 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على ما يترتب على الفضولي القيام به، بأن يُعنى بعمله عناية الرجل العادي. كما فرضت المادة 172 من ذات القانون على المدين بالالتزام بعمل أن يبذل في تنفيذه عناية الرجل العادي

وهكذا يرى الفقه[4] أن معيار الخطأ الطبي يتمثل في اعتماد سلوك طبيب نموذجي هو من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة في نطاق اختصاصه أو مستواه الفني، وهو الذي يبذل في معالجة مريضه العناية اليقظة ويراعي القواعد الطبية الثابتة.

لذلك فالقاضي وهو بصدد تقدير خطأ الطبيب المسؤول يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى والتخصص، فالطبيب العام على طبيب عام من مستواه، والطبيب المتخصّص مع طبيب من نفس تخصّصه، وكذلك الحال مع أستاذ الطب.[5]

[1] مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 254.
[2] أحمد شرف الدين: مسؤولية الطبيب ، المرجع السابق، ص 46.

[4] عبد اللطيف الحسيني: المرجع السابق، ص 123.
[5] سامي بديع منصور: المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994، المرجع السابق، ص 307.

ومن مقتضيات تقدير القاضي لخطأ الطيب أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية التي أحاطت بمسلك الطبيب عند قيامه بعمله[1]، ويقصد بالظروف الخارجية مثلا وجوب العمل بسرعة، بعيدا عن المراكز الطبية المؤهلة بالمعدات الطبية الحديثة والمتطورة.[2]

ويقع على الطبيب موجب بذل العناية اليقظة الموافقة للمعطيات العلمية، بناء على ما قرره قرار Mercier الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية عام 1936.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت:"يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرّد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتّسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ". إن تقيّد الطبيب بالأصول العلمية المستقرة يعني إتباعه لما يعد من الأصول والعادات المسلم بها في مهنة الطب، ولاشك أن اللجوء إلى العادات السائدة في مهنة الطب يساعد كثيرا في تحديد السلوك الفني المألوف، بحيث لا يعد الطبيب مخطئا إذا التزم في عمله بالعادات الطبية المستقرة، لذلك يكون من الطبيعي أن يأخذ القاضي عند تقديره لسلوك الطبيب العادات المتبعة في مجال عمله، إذ أن الطبيب الوسط لا يفعل أكثر من جعل سلوكه مطابقا لهذه العادات، مع مراعاة ما قد يطرأ عليها من تغيير على ضوء التجربة العلمية [3]، فلا يؤاخذ الطبيب الذي يمارس مهنته في قرية نائية بعيدا عن المستشفيات والزملاء والمعدات التي بضعها العلم الحديث تحت تصرفه، من فحوص وأشعة وتحليل ووسائل علاج أخرى، بنفس درجة مساءلة الطبيب الذي تتوفر له هذه الوسائل، ولا يمكن للمريض الذي يلجأ إلى طبيب مسن في الريف، يمارس مهنته منذ فترة طويلة في بلدة نائية بعيدا عن التطورات العلمية، أن يلومه على استعمال الأدوات والوسائل القديمة التي استعملها.[4]

1 عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 824.
2 حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 126.
3 محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 138.
4 سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 219.

بالمقابل فإنه بالنسبة للمستوى الفني للطبيب فقد ثار النقاش [1] حول ما إذا كان على القاضي عند تقديره للخطأ الموضوعي للطبيب أن يأخذ بالاعتبار مستواه الفني؟.

لن ندخل في مناقشة الآراء التي عرضت للموضوع وتفنيدها، ولكننا ننحاز إلى جانب الدكتور سليمان مرقس في تأييده، إلى أنه لا يجب الأخذ بالمستوى الفني للطبيب عند تقدير خطئه، وتكون المقارنة بمسلك طبيب آخر من ذات المستوى الفني، ولا إخلال في ذلك التقدير الموضوعي لهذا الخطأ، فالحقيقة كما يقول السنهوري[2]:" لكل مستواه الفني ولكل معياره الفني ".

والجدير بالذكر أن كلا من الفقه والقضاء الفرنسي يعتنق المعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب.[3]

والواقع أن هذا المعيار هو الذي يميز خطأ الطبيب ذو الطابع الإنساني عن خطئه المتصل بواجباته الفنية، فالخطأ ذو الطابع الإنساني لا يمكن أن يكون إلا عمديا، لأن الطبيب يقصد إتيان السلوك الذي صدر منه، ما يعني أن معيار تقدير هذا الخطأ هو معيار شخصي، بعكس الخطأ الفني الذي يقدره القاضي وفقا للمعيار الموضوعي.

خلاصة القول أن الطبيب الوسط هو الذي يُتخذ معيارا لتقدير الخطأ الطبي الفني، على أن يحاط بالظروف الخارجية للطبيب المسؤول، فإذا كان هذا الأخير يمارس الطب بصفة عامة أي يعالج جميع الأمراض، فإنه يُنظر إلى خطئه في ضوء السلوك العادي لطبيب من نفس فئته، وإذا كان طبيبا متخصّصا بنوع معين من الأمراض كان المعيار بالنسبة إليه هو طبيب من ذات تخصصه في هذا النوع من الأمراض.[4]

إن القاضي في تقديره القانوني للخطأ الطبي الفني وفقا للمعيار الموضوعي، يقتضي منه تحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول الفنية في الطب، ولاشك أن ذلك ينطوي على مسائل فنية لا طاقة للقاضي بها، لذا لا يستطيع القاضي تحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول الفنية إلا

---

[1] للتوسع والاطلاع حول مختلف الآراء الفقهية حول هذا الموضوع يقتضي مراجعة كتاب سليمان مرقس: أصول الإثبات وإجراءاته في المواد الدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، الطبعة الرابعة، 1985، ص 39، 44.

[2] عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 824.

[3] حسام الدين كامل الأهواني: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1995، ص 537.

[4] عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 562.

بطريقة غير مباشرة وذلك لعدم تخصّصه في مجال الطب، فلا يأتي تدخل القاضي إلا بعد حصوله على تقرير من خبراء المهنة.

وعند اعتماد القاضي للمعيار الموضوعي في تقديره القانوني لخطأ الطبيب، فإنه لا يستطيع الخوض في النظريات العلمية وبخاصة إذا كانت محل خلاف، لتحديد مدى مطابقة عمل الطبيب للأصول العلمية المستقرة في مجال مهنته، لأن ذلك ينطوي على مسائل فنية لا يستطيع القاضي التصدي لها مباشرة، فلا مفر أمامه إذا من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء **médecin-expert** لإبداء الرأي الفني البحت، الذي يمكن من خلاله مقارنة سلوك الطبيب موضوع المساءلة مع سلوك طبيب وسط من ذات المستوى الفني.

الفرع الثاني:
دور الخبرة القضائية في الإثبات

الأصل أن إثبات الخطأ الطبي جائز بكافة طرق الإثبات بما في ذلك الخبرة والبينة الشخصية والقرائن القضائية [1]، فلئن كان من السهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بأعماله العادية، إلا أن ذلك يبدو عسيرا عليه بالنسبة للأعمال الطبية التي تنتمي إلى الفن الطبي، هذا وترجع الصعوبة في إثبات الخطأ الطبي بالدرجة الأولى إلى الطبيعة العلمية والفنية للموضوع، حيث لا يفقه المريض في الطب والخطأ الطبي شيئا وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي، إذ أن كلا منهما يُعتبر غريبا عن القواعد الفنية والأصول العلمية للطب، فليس من السهل على المتضرر والقاضي أن يتبيّنا وجه الخطأ في سلوك الطبيب.

إلا أن البعض[2] يحاول دفع هذه الصعوبة اعتمادا على إمكانية الاستعانة بذوي الخبرة في الفن الطبي، لينيروا الطريق استجلاء للحقيقة، فيمكن للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لإبداء الرأي في

---

[1] توفيق خير الله: مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المرجع السابق، ص 503.

[2] François Robin, François Nativi : Enquête sur l'erreur médicale, Ed. La découverte, Paris, 1987, p 271 ets.
وانظر كذلك: حسين محيو: مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 45.

المسائل الفنية [1]، والخبرة هي تكليف شخص من قبل المحكمة للإدلاء برأيه الفني وذلك من خلال تقرير مقدم منه إلى المحكمة، وذلك عندما يكون موضوع النزاع متعلق بالمسائل الفنية، التي لا يستطيع القاضي أن يفصل فيها دون اللجوء إلى الخبير [2]، لذلك فإن المحاكم تلجأ إلى تكليف خبير من جدول الخبراء علما أن للمحكمة حرية اختيار الخبير من الجدول ولا مجال للطعن بهذا الاختيار.[3]

حيث قضت في هذا الصدد المحكمة العليا في حكم حديث لها[4] أن: " المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني إنما يثبت بخبرة طبية، صادرة عن طبيب مختص، وليس بشهادة الشهود ".

ولاشك أن قرار المحكمة العليا عندنا في هذه مسألة جدّ وجيه، ذلك أن إثبات حالة المرض، ولاسيما المرض العقلي الذي يمنع التصرف القانوني، إنما يجب أن يتم بخبرة طبية فنية صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية كافية. ومقصود المحكمة من الطبيب المختص ضمن اختصاصه الطبي الدقيق، ذلك أن الأمراض تختلف وتتفاوت درجات خطورتها، كما أن تخصّصات الأطباء تختلف ومهاراتهم وكفاءاتهم تتفاوت هي الأخرى. الأمر الذي يجعل اللجوء إلى الطبيب المختص كخبير في المسائل الطبية الفنية أمرا ضروريا ومؤكدا. ولا يمكن بأي حال من الأحوال اللجوء إلى وسائل الإثبات الأخرى ولاسيما شهادة الشهود في مثل هذه المسائل الطبية الفنية، رغم أن الأصل في إثباتها إنما يكون بكافة وسائل الإثبات كما سبق وأن أشرنا إلى ذلك.

لذا يقوم الخبير بفحص موضوع النزاع وتحديد المسائل الفنية وإبداء رأيه الفني فيها، لكي يتم الوصول إلى تطبيق القانون على النزاع المعروض، بما يريح ضمير المحكمة ويحقق العدالة. إن تناول الخبرة المسائل العلمية والفنية للفصل في الدعاوى لا يعني ذلك أن الخبير يقوم بالفصل في النزاع بل يبقى ذلك من صميم عمل المحاكم، ولهذا يوصف رأي الخبير بأنه رأي استشاري.

---

[1] محمد حسين منصور: الطبيب ومسؤوليته المدنية، المرجع السابق، ص 185.

[2] عزمي عبد الفتاح عطية: الخبرة أمام هيئات التحكيم - دراسة في القانون الكويتي مقارنا بالقانون الفرنسي وقانون التحكيم المصري، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، (رجب 1430هـ/ يونيو 2009م)، الكويت، ص 27.

[3] محكمة التمييز المدنية، الغرة الأولى، القرار رقم 17 الصادر بتاريخ 10 مارس 2000، المستشار القضائي، دار الكتاب الإلكتروني.

[4] قرار المحكمة العليا بتاريخ: 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف.ب) ضد (ب.ن ومن معها)، م. ق، العدد 02، 2003، ص 289.

ويستقل القاضي بالتكييف القانوني لسلوك الطبيب، والخبير يقوم بمساعدته فقط في استنباط الخطأ في المجال الطبي، فالقاضي ليس ملزما بالأخذ برأي الخبير طبقا لنص المادة 2/144 ق.إ.م.إ إذا تبين له أنه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعا من الناحية القانونية، ولكن يبقى له أن يأخذ بتقارير الخبراء وإن تعارض رأي أحدهم مع رأي البعض الآخر، إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالة على خطأ الطبيب.

وتطبيقا لما تقدم، قضت محكمة التمييز اللبنانية في قرار حديث لها صادر في 22 جانفي 2004[1] بأن استناد محكمة الاستئناف إلى تقرير طبي غير صادر عن طبيب شرعي، وتحديد التعويض بمقدار معين هما أمران يدخلان ضمن سلطانها المطلق من حيث الاقتناع بالأدلة واختيارها، ومن حيث تقدير التعويض وبالتالي قضت برد الطعن.

ويلاحظ أن أعمال الخبرة الطبية الهادفة لتبيان الخطأ الطبي تصب غالبا في مصلحة الطبيب أكثر منه في مصلحة المريض، ذلك لأن الخبراء هم في النهاية أطباء وغالبا ما يتعاطفون مع زملائهم وبالتالي يحاولون من خلال تقاريرهم تبرير أعمالهم.[2]

لذلك يلاحظ أن الحصول على تقرير موضوعي وفني بحت من الخبير، تعترضه في الواقع عقبتان الأولى موضوعية والثانية شخصية.

فمن الناحية الموضوعية: إن مهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، يتعين عليه احترام أصول التحقيق العلمي المحايد، الذي يهدف إلى الكشف عن سبب الواقعة، فالصعوبة تكمن في الاختلاف بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة، حيث أن الخبير يقوم بمهمته في وسط نظري بحت، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب، والذي كان يمارس عمله في ظل ظروف مختلفة.

---

[1] محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الثانية، القرار رقم 05 ، 22 جانفي 2004، عفيف شمس الدين: المصنف السنوي في القضايا الجزائية، 2004، ص 214.

[2] مصطفى العوجي: المرجع السابق، ص 45.
حسن زكي الأبراشي: المرجع السابق، ص 218.

أما من الناحية الشخصية: إن وجود تضامن مهني بين زملاء المهنة الواحدة، يمكن أن يترتب عليه نوع من التسامح مع زملائهم الأطباء **indulgence confraternelle** محل المساءلة، ما يضعف الثقة بالنتيجة التي توصل إليها الخبير في نهاية تقريره.[1]

وعليه يكون على القاضي أن يضع نصب عينيه هذا التضامن المهني المحتمل بين الخبير وزميله الطبيب المدعى عليه، وأن يكون له بالمرصاد، إذ أنه كما يقول الفقيه **Savatier** [2]:" الخبرة معهود بها من شخص عادي، وهو القاضي، إلى طبيب خبير تفرض على هذا القاضي أن يظل متيقظا".

إن القاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبير، فرأيه لا يقيد المحكمة [3]، فهي مسألة تدخل في تقدير الوقائع والأدلة التي يترك تقديرها لقضاة الموضوع [4]، فإذا ظهر للمحكمة أن تقرير الخبير ناقص وغير واضح فلها أن تدعوه إلى المحكمة، لتستوضحه حول ما انطوى عليه تقريره من نقص أو غموض، كما لها أن تلجأ إلى خبرة إضافية طبقا للمواد 126، 127 و141 ق.إ.م.إ.

ويجب أن تكون هناك أسباب قوية تبرر للقاضي مخالفته لرأي الخبير وعدم الأخذ بنتيجة التقرير كليا أو جزئيا لخلل في صيغته أو نقص في أساسه من جراء إهمال الخبير أو خطئه، ويفرض على المحكمة أن تعلل قرارها إذا اعتمدت حلا مخالفا لما ورد في التقرير المقدم لها[5].

فتقدير التقارير الفنية يعود لسلطان محكمة الموضوع المطلق، فلها في حال تعدّدهم أن تأخذ بتقرير أحدهم وتُهمل التقرير المقدم من الآخرين، على أن تبيّن الأسباب التي حملتها على الأخذ بتقرير أحدهم وتفضيله على التقارير الأخرى. ويحق للمحكمة وفقا لقناعتها أن تعتمد تقرير خبير آخر غير معين من قبلها بالرغم من بطلانه، طالما أنه وضع موضع المناقشة وحاز على قناعتها.[6]

---

[1] محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه: نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 173.

[2] Savatier René: Traité de la responsabilité civile, op.cit, p 195.
Savatier René: Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, D. 1967, op. cit, p 778.

[3] قرار المجلس الأعلى: 1983/05/11، ملف رقم 28312، سلسلة قضائية، الاجتهاد القضائي، قرارات المجلس الأعلى، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 54. وانظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية: الهيئة العامة، القرار رقم 5، 25 مارس 1999، المستشار القضائي، دار الكتاب الالكتروني.

[4] قرار المحكمة العليا: 1964/12/30، م. ج، 1965، ص 88. و قرار المحكمة العليا: بتاريخ: 1994/11/22، ملف رقم 111662، قضية (ج.ع) ضد (مؤسسة الأشغال العمومية لولاية معسكر)، ن. ق، العدد 50، 1997، ص 120.

[5] يحي بن لعلى: المرجع السابق، ص 17، 18.

[6] محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الثانية، القرار رقم 32، 31 مارس 2003، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا المدنية، 2003، ص 263.

غير أنها تكون قد أقحمت نفسها في نقاش علمي وطبي بحت، رغم استقرار القضاء على عدم دخول القاضي في المفاضلة بين الآراء الفنية والمناقشات العلمية التي ليست من اختصاصه.[1]

وتكون النتيجة في النهاية عدم قدرة المريض على إثبات الخطأ الطبي من ناحية ومن ناحية أخرى تسليم القاضي للنتيجة التي تَوصل إليها الخبير في تقريره، الأمر الذي يؤدي إلى رد الدعوى وطلب التعويض وتبرئة الطبيب المدعى عليه.

ولا يحكم القاضي بثبوت الخطأ الطبي، إلا بعد أن يتحقق لديه اليقين الثابت بوقوع الخطأ من الطبيب ، فلا يمكنه أن يقضي بغير اقتناعه، وبما يرتاح له ضميره، إلا أن هذا القول وإن كان جميلا في مظهره فهو بعيد كليا عن التطبيق على الصعيدين الفعلي والعملي، فالقاضي لا يلم بدقائق الطب، فمهمته صعبة، وبخاصة في المسائل العلمية التي يوجد عليها خلاف بين الأطباء والنظريات العلمية غير مستقرة عليها بعد، فليس من السهل عليه التدقيق في المسائل العلمية والأصول الفنية الطبية.

وإذا كان الخبير يقوم بمساعدة القاضي باستنباط الخطأ في المجال الطبي، إلا أن هذا الأخير يستقل في التكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب. إن إعداد التقرير بشأن سلوك الطبيب ليس هو نهاية الدعوى، بل تبقى الكلمة الأخيرة للقاضي الناظر في النزاع.

إن صُلب مُهمّة الخبير هي في إعداد تقرير فني بحت، بشأن الموضوع المكلف به من قبل المحكمة، فليس من شأنه أن يضمن تقريره تقديرا قانونيا لعمل الطبيب الفني.

ويمكن للخبير أن يُضمّن تقريره تقديرا للأضرار التي أصيب بها المريض من جرّاء الخطأ الطبي، كتقديره لنسبة العجز عند المريض ولكنه لا يستطيع بحال من الأحوال أن يُقدر ذلك النقص بالنقود.

إلا أن بعض الفقه[2] طرح السؤال التالي من هو القاضي الحقيقي في المسائل الطبية: الخبير أم القاضي؟.

[1] حسين محيو: مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 46.
[2] J. Guige: qui est le véritable juge en matière médicale, l'expert ou le juge, Gaz. Pal, 1996,2 ,doctrine, p 774.

المبدأ هو أن القاضي يأخذ في النهاية بعين الاعتبار نتيجة التقرير المعد من قبل الخبير، والقاضي يشير في تسبيب حكمه إلى تقرير الخبير[1]، فلكل من القاضي والخبير مجال محدد. إذ لا يحق للخبير أن يتجاوز المعلومات التقنية والعلمية ليدخل في المجال القانوني، كما لا يحق للقاضي أن يُدخل نفسه في صراع علمي بترجيح نظرية على أخرى إذا لم يكن مؤيدا لرأي الخبير.[2]

هذا وقد نص القانون الفرنسي على الخبرة القضائية بعد عشرين عاما من الانتظار [3]، حيث نظمها في قانون 4 مارس 2002 في المادة 1142- 11 منه، وتوضع لائحة الخبراء الفرنسيين لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، وفي كل مرة يتم فيها التجديد يتم التأكد من توافر المعايير لدى الخبراء من حيث أهلية ونوعية الخبراء لضمان حسن سير العمل، وتطلب القانون الفرنسي ضرورة توافر ثلاثة شروط في الخبير، وهي الأهلية والكفاءة والاستقلالية،ويضيف أنه على الخبير أن يتقيّد بالمهمة في الحدود التي أشار إليها القاضي في قرار التكليف، وأن يعلل علميا الآراء التي يبديها في تقريره متوخيا الشرح المبسط لكي يفهمها غير المتخصص [4]. وأن يتقيّد بالمهلة الزمنية المحددة له لإنجاز مهمته المكلف بها.

ونفس النهج اتبعه المشرع الجزائري، حيث نظم أحكام الخبرة بموجب المواد من 125 إلى 145 من ق.إ.م.إ، تنظيما محكما إلى حدّ ما، شدّد من خلاله على أهمية الخبرة ومدى كفاءة ودور ونزاهة الخبير، بشكل يضمن للخبرة نزاهتها ومصداقيتها.

غير أننا نشير في النهاية إلى أنه يجب تليين قواعد إثبات الخطأ الطبي أمام القضاء الجزائري، حيث أن عبء الإثبات لا يزال ملقى على عاتق المريض المتضرر، الأمر الذي يؤدي في أغلب الأحيان إلى رد دعاوى المسؤولية عن الأطباء، فيحرم المتضرر من التعويض ويُعفى الأطباء من تحمل تبعة أخطائهم.

---

[1] محكمة التمييز اللبنانية: الغرفة الخامسة، 5 جوان 2003، عفيف شمس الدين، المصنف السنوي في القضايا المدنية، 2003، ص 244.
[2] Vayre. P: Le médecin expert judiciaire, mission pour responsabilité professionnelle, Gaz. Pal, 22 mars 2001, p 425.
[3] Guy Nicolas: La loi 04 mars 2002 et l'expertise médicale, Gaz. Pal, 15 Décembre 2002, p 1578.
[4] Le médecin expert judiciaire, mission pour responsabilité professionnelle, Gaz. Pal, 22 mars 2001, p 425.

فلا بد إذا من مبادرة تشريعية لتليين نظرة القانون الجزائري للخطأ الطبي، فكم من الحقائق تظل خفية يقف عندها القاضي حائرا، وكم تبدو لنا صائبة تلك الكلمة الخالدة التي أطلقها الفيلسوف الفرنسي Montaigne [1]: " للأطباء الحظ في أن الشمس تبسط أشعتها على نجاحاتهم، والأرض تدفن أخطاءهم ".

[1] Montaigne Michel: 1533- 1592, écrivain français. Conseiller au parlement de Bordeaux, 1577, Dictionnaire HACHETTE, Edition, 2002.

الخـــــاتمــــة :

إذا كان الخطأ في المسؤولية بصورة عامة من المواضيع التقليدية، إلا أنه في مجال المسؤولية الطبية قد أصبح موضوعا متجدّدا، جديرا بالدراسة والبحث. قد دفعت به إلى التطور جهود قضائية حثيثة، على نحو أصبحت لهذا الخطأ خصائصه التي أخرجته من الوضع التقليدي لكي يكون موضوعا حديثا بحاجة إلى دراسة معمّقة تُوازن بين الموروث النظري للخطأ، والواقع العملي الذي لا يخضع لصيغ ثابتة.

وإذا كنا قد اخترنا دراسة الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب، فقد كان من اللازم علينا أن ننظر إلى الخطأ من هذا الجانب لنرى مدى أهميته كأساس للمسؤولية. بعبارة أخرى، ليتجلّى لنا ما إذا كانت النظريات الحديثة التي قيلت في أساس المسؤولية قد جرّدت الخطأ من أهميته، أم أن الخطأ مازال الأمر الأهم، وأن محاولة بناء المسؤولية على أساس غير الخطأ وُلدت عقيمة.

إن الدعوة إلى التخلي عن الخطأ تشتمل على أفكار لها بريق وجاذبية، إلا أن هذا البريق لا يَلبث أن ينطفئ إذا أدركنا أننا بصدد وضع حلول لمشاكل عملية، ولسنا بصدد أفكار فلسفية تضل حبيسة الورق. فإذا كان يمكن القول أن المسؤولية تنشأ دون خطأ على أساس حماية المضرور من خطر استخدام الأشياء، ألا يعني ذلك أن المسؤولية ستُصبح بالقابل قيدًا على إرادة الشخص عندما يستخدم هذه الأشياء. فلو سلّمنا أنه يتحمّل أي ضرر ينشأ عن استخدامها ولو بذل قُصارى جُهده في الحيلولة دون وقوعه – ولو كان الضرر غير متوقع طبقا لما يبذله من عناية – ، ألا يعني ذلك أننا نضع قيدًا على الحرية اللازمة لممارسة نشاطه ؟ ولعلّ هذا ما يصدُق على الطبيب الذي يمارس نشاطا خطرا ينصب على جسم الإنسان، وفي ذات الوقت يعتمد في نشاطه على مواهبه في الإبداع. فإذا فرضنا عليه المسؤولية عن أي ضرر ينتج عن نشاطه، وإن بذل كل ما في وُسعه من خبرة وعناية طبية، فهذا يعني أنه سيتردّد في ممارسة هذا النشاط رغم أهميته في المحيط الاجتماعي.

من جانب آخر، فإننا لا نُسلّم برفض الخطأ كأساس للمسؤولية، على أساس أن بعض الحقوق لها أهمية قانونية خطيرة، يستلزم ضمانها فرض المسؤولية لمجرّد أن يمسّها ضرر. وأن الضّرر يجب أن يُنظر إليه من خلال شخصية المضرور وليس مُرتكب الفعل الضار. ذلك لأن هذه الحجّة لا تصمُد أمام المنطق لا من الناحية النظرية ولا العملية.

فمن الناحية النظرية إذا بحثنا في أصل الحق نجد أن المبدأ هو أن الحق لا يوجد إلا بموجب الحماية التي يقرّها له القانون، فالحماية شرط لوجوده. فكيف يكون الحق بعد ذلك مصدرًا لهذه الحماية، أي للمسؤولية التي يحكم بها تبعا للضرر الذي يترتّب على المساس به.

أما من الناحية العملية فإنه لا يمكن أن يحدّد الضرر ويتم التعويض عنه، دون الإحاطة بالنشاط الذي سبّب هذا الضرر. بحيث إذا مارس هذا النشاط شخص معين فإن المنطق يدعو لأن يُنظر إلى الضرر من خلال هذا الشخص، وليس صحيحا أن يُهمل دوره على أساس أن شخصية المتضرر كافية لتحديد المسؤولية.

كما أنه ما من شك في أن الوظيفة الأولى للمسؤولية المدنية - والتي للأسف لم تُسلط عليها الأضواء بالقدر الكافي- هي تدارك الأضرار وتفاديها، قبل الوصول إلى تعويضها. فالمريض يتمتع بحق شخصي في منع وإيقاف الأفعال والتدخلات الطبية التي توشك أن تلحق به أضرارا. كما يتجه المنحى الأساسي للمسؤولية الطبية المدنية إلى وضع حدّ لتصرفات الطبيب وتدخلاته المخالفة لقواعد وأصول المهنة وللقانون، بإجهاضها من بدايتها. حيث يحق للمريض أن يطالب بإزالة ومنع أي تدخل طبي يوشك أن يلحق به ضررا غير مشروع، حتى قبل حدوث الضرر، وذلك من أجل منع وقوعه بالفعل.

لقد تبيّن لنا من خلال استقراء أحكام الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات المقارنة، وكذا الوقوف على التطبيقات القضائية العملية في مجال المسؤولية الطبية المدنية، أن غالبية التشريعات وعلى رأسها الشريعة الإسلامية، إضافة إلى أحكام القضاء قد أبقت على الخطأ كأساس جوهري لهذه المسؤولية. غير أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن القضاء وضع الخطأ في قالب جامد، وإنما يُلاحظ أنه أدرك مدى خطورة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب في حياة الإنسان ، فوضع حدودا متوازنة لعلاقة المريض بالطبيب. فأعطى الأول حرية اختيار طبيبه وقبول أو رفض العلاج، وألاّ يُقبل الطبيب على تدخل طبي إلا بعد إعلام هذا المريض والحصول على رضاه. في حين مكّن الطبيب من الحماية القانونية متى لم يثبت أنه ارتكب خطأ طبيا ثابتا ومحققا، ودرئ المسؤولية عنه متى التزم ببذل العناية المطلوبة في تدخله الطبي في غير حالات الالتزام بتحقيق نتيجة أو بالسلامة.

إننا لا ننكر رغم ما قدّمناه أن الاستناد إلى فكرة الخطأ بمعناها التقليدي، قد تؤدي إلى التضحية في بعض الحالات بمصلحة المريض المتضرر، خاصة إذا كان يصعب عليه إثبات الخطأ. وهذا ما يحدث عادة بالنسبة للأعمال الطبية الخطرة. بيد أننا نتساءل؛ ألا يمكن أن نفرض التزاما مُسبقا على الطبيب القائم بالعمل بأن يضمن سلامة المريض، وأن نجعل من هذا الالتزام التزاما

بتحقيق نتيجة. يقع الإخلال به بمجرّد إصابة أحد المرضى بضرر سواء انصبّ الضرر على جسمه أم على شرفه واعتباره.

قد يُعترض على ذلك أن مثل هذا الالتزام لا يُفرض إلا بمناسبة العقد الطبي، لأنه قائم على الواقع الذي يُبيح أن يفرض الالتزام مسبقا. ولكن أليس متوقّعا أيضا أن يترتب الضرر على بعض الأعمال الطبية الخطرة بشكل مُشابه لتوقّع ما يحصل بالنسبة للعقد الطبي. إننا نعتقد بأن ذلك ممكن. فعلى سبيل المثال لو استخدم الطبيب آلات وأجهزة تمثل نشاطا خطرا، فإن توقّع ما يترتب على هذا النشاط من ضرر تتعرض له سلامة المرضى أمر لا نجادل فيه. ومن ثم يمكن أن نفرض على الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة مفادها سلامة المرضى، فإذا أصيب أحدهم بضرر يعتبر الطبيب قد أخلّ بالتزامه.

نخلص من هذه الدراسة التي تناولنا فيها أحكام الخطأ الطبي وطبيعة المسؤولية الطبية المدنية المترتبة إلى جملة من النتائج نوجزها فيما يلي:

– أهمية موضوع المسؤولية الطبية، إذ لا يزال موضوعا جديرا بالبحث، مفتوحا لمزيد من البحوث والدراسات، وذلك لعدة أسباب نقتصر على اثنين منها:

الأول: أن مسؤولية الطبيب المدنية قد تطورت وتغيرت أحكامها، فمن عدم المسؤولية المطلقة للطبيب، إلى المسؤولية عن الأعمال والأخطاء المادية دون تلك الفنية والتقنية مادامت لم تقترن بسوء نية الطبيب. إلى المسؤولية عن الخطأ الجسيم دون غيره، فالمسؤولية عن الخطأ الطبي كيفما كان ومهما كانت درجته. وصولا إلى حد محاولات تأسيس المسؤولية بدون خطأ والتشديد في التزامات الطبيب. فكل هذه التطورات تدل بما لا يدع مجالا للشك اهتمام وحرص كل من الفقه والقضاء والتشريع المتزايد بموضوع المسؤولية الطبية، حيث لازالت تطل علينا البحوث الفقهية وتطالعنا الأحكام القضائية وتُعدّل النصوص التشريعية بين الفينة والأخرى بكل جديد فيما يتعلق بتطبيقات الأخطاء الطبية، ومسائل إثباتها، وقضايا الخبرة الطبية، وتقرير قواعد المسؤولية وغيرها.

الثاني: تزايد وتيرة وحدّة الأخطاء الطبية في كثير من الدول ومنها الجزائر، حتى أضحى الخطأ الطبي من المفاهيم المرتبطة بكثير من المراكز الاستشفائية والقطاعات الصحية. إلى درجة أن أصبح المريض يتوجّس من وُلوج المستشفيات أو العيادات الطبية، خشية تلك الأخطاء. ولعل ما يؤكد ذلك أمرين:

الأمر الأول: الإهمال الواضح واللامبالاة وقلة الحيطة والحذر لدى ممارسي الطب في بلادنا على مستوى مختلف القطاعات الصحية من مستشفيات ومراكز صحية وعيادات طبية. حيث ضاعت الرسالة النبيلة والشريفة لمهنة الطب من أيدي كثير من الأطباء، ذلك أن همّهم اقتصر بالدرجة الأولى على الجانب المادي، مستندين في تقديم علاجاتهم إلى اعتبارات شخصية ومادية واجتماعية واقتصادية لدى المرضى. وهذا لاشك أنه يتنافى ومهنة الطب الإنسانية النبيلة.

الأمر الثاني: قلة النصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب، ولاسيما ما يتعلق منها بقواعد وأحكام المسؤولية المدنية أو التأديبية أو الجنائية. فضلا عن غموض النصوص القانونية القليلة الموجودة وعدم وضوحها ومسايرتها لتطورات ومستجدات المسؤولية الطبية. إذ يتسم ما هو موجود منها كقانون حماية الصحة وترقيتها رغم تعديلاته الحديثة [1] ومدونة أخلاقيات مهنة الطب بالعمومية والسطحية، دون تفصيل لأصول وضوابط مختلف تخصّصات مهنة الطب المختلفة، وكذا قواعد المسؤولية وموجباتها.

– أهمية ومكانة الخطأ عموما والطبي خصوصا ضمن قواعد المسؤولية المدنية، ذلك أن الخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية الطبية المدنية سيظل في رأينا الأساس الرئيسي لها. وإن كان ذلك لا يمنع من تخلّي هذه المسؤولية عن هذا الأساس التقليدي في حالات خاصة وتطبيقات مختلفة يفرضها التطور العلمي والتقني لمهنة الطب وأساليبها.

وفي هذا الشأن يجب التأكيد بأن المسؤولية الشخصية لم تختف بعد، كما أنها ليست في طريقها للاختفاء كما يدّعي البعض، إذ هذه مجرّد أماني فردية لا أصل لها في الواقع الاجتماعي. إن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية يجسّد مفهوما ساميا للإنسانية، ويحقق أملا من أثمن أمانيها على مر العصور، ألا وهو الأمل في الحرية التي ترتبط دون شك بالمسؤولية الشخصية. كما يرتبط بالمدنية المعاصرة في ذات الوقت الذي يمثل فيه تراثا إنسانيا وأخلاقيا قيمًا.

لذلك نعتقد أنه من أجل الاحتفاظ بالمفهوم الحقيقي للخطأ دون تشويه أو تحريف، يجب تبنّي مفهوم مبسّط ومرن له، مع ضرورة تنقية فكرة الخطأ مما قد يشوبها من غموض وخلط. هذا كله مع الاعتراف بوجود أنظمة أخرى للتعويض التلقائي والمحدد للأضرار، باعتبارها ليست بديلا عنه، وإنما تتعاون معه لملاحقة التطورات العلمية والاجتماعية المتنوعة والمعاصرة، في ظلها يتمتع المريض المضرور بميزة أساسية ومهمة، وهي الإعفاء من عبء إثبات خطأ الطبيب المسؤول.

---

[1] آخر تعديل لقانون حماية الصحة وترقيتها كان بموجب القانون رقم 08- 13 المؤرخ في 17 رجب 1429 هـ/ 20 يوليو 2008، ج.ر رقم 44 المؤرخة في 03 غشت 2008.

وفي إطار هذا التوجّه يرى البعض أن المسؤولية المترتبة عن النشاط الطبي تظل كما في فرنسا سنة 1804 مبنية على إقامة مسؤولية الطبيب الممارس، استنادا إلى خطأ ثابت وعلاقة سببية بين هذا الخطأ والضرر اللاحق بالمريض.[1]

ولعله يكفينا للتدليل على مكانة الخطأ وضرورته كأساس لقيام مسؤولية الطبيب المدنية، أن نقتصر على سببين:

الأول: أن المشرع الجزائري قد حرص على إبراز دور الخطأ وإثبات ركنيته ضمن قواعد المسؤولية المدنية. فقد اعتنق التشريع المدني الجزائري في تعديلاته الحديثة صراحة فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في عمومها. كما تبنّى الخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب بموجب مدونة أخلاقيات مهنة الطب في المادة 13، إضافة إلى المادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا القانون رقم 90 - 17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها في مادته 08 ، حيث نصوا صراحة وبشكل واضح على تأسيس مسؤولية الطبيب المدنية على الخطأ.

الثاني: أن القضاء الجزائري شدّد هو الآخر على أهمية الخطأ كأساس لمسؤولية الطبيب. إذ رغم قلة الأحكام القضائية المرتبطة بموضوع المسؤولية الطبية، إلا أن ما صدر منها ولاسيما الأحكام القضائية الحديثة، قد تبنّت فكرة الخطأ الطبي المهني ونصت صراحة على ضرورة توافره لثبوت مسؤولية الطبيب.

– أن مسؤولية الطبيب المدنية هي مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، قائمة على أساس خطأ مهني يتمثل في الخروج عن الأصول المستقرة لمهنة الطب ومخالفة قواعدها. بغض النظر عن التقسيم التقليدي الثنائي الذي يجعل منها مسؤولية عقدية أو تقصيرية. فقد أوضحنا أن الاتجاه السليم والسائد في هذا الخصوص هو اعتبار مسؤولية الطبيب مهنية تقوم على أساس خطأ مهني، سواء كان في شكل خطأ عقدي ناجم عن العقد الطبي، أو كان في شكل خطأ تقصيري ناجم عن إهمال ورعونة في جانب هذا الطبيب.

– أن المسؤولية الطبية قد عرفت تطورات كبيرة ومُتسارعة، إن على مستوى النظريات العلمية أو الأساليب العلاجية والأجهزة التقنية الطبية، مما جعل المرضى أكثر عُرضة للأضرار والإصابات بشكل يحرمهم من التعويض بسبب عدم قدرتهم على إثبات خطأ الطبيب. الأمر الذي دفع بالقضاء ولاسيما الفرنسي بإقرار مسؤولية الأطباء و المرافق الطبية العامة دون خطأ. فكان لظهور النظم القانونية الحديثة – كتأسيس مسؤولية الطبيب على الخطأ المفترض، وتبنّي نظام

[1] Jean penneau : La réforme de la responsabilité médicale, op. cit, p 527.

التأمين من المسؤولية الطبية، والتشديد في التزامات الطبيب وإقرار الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام بالسلامة-، المتجهة إلى حماية المرضى المضرورين وضمان تعويض عادل لهم، الأثر البالغ في تغيير وإعادة رسم معالم المسؤولية الطبية المدنية.

– إنفراد المسؤولية الطبية بقواعد خاصة بها، نتيجة لطبيعة مهنة الطب في حد ذاتها. فالخطأ الطبي الموجب للمسؤولية يجب أن يكون ثابتا ومؤكدا وقاطعا، بغض النظر عن حجمه أو طبيعته أو وصفه. شريطة أن تتوافر شروطه وضوابطه بأن يقاس في تقديره بمسلك الطبيب الوسط في نفس الظروف المختلفة المحيطة بالطبيب المسؤول. من جهة أخرى تتعدّد الأخطاء الطبية وتختلف من حيث طبيعتها وإثباتها وأهميتها بالنسبة لكل من المريض والطبيب على حد سواء.

نخلص مما تقدم أن فكرة الخطأ قابلة للتطور، وليس ثمة ضرورة لإنكاره مادام أنه يتّسع للحالات التي تطوّرت فيها المسؤولية الطبية المدنية. وأن هذه المسؤولية وُلدت لتبقى، وأن ركنها الأساس وهو الخطأ قد بقي، وأنه بدون الخطأ لا تكون هناك مسؤولية إلا في الحقول الضيقة. فبمبدأ المسؤولية غير الخطئية لا يحتل إلا ميدانًا ضيقًا ومجالاً محدودًا.

وتكريسا لهذه النتائج ومن أجل أن يكون لهذا البحث بُعده العلمي والعملي في نفس الوقت، فإننا نرى مجموعة من الآليات والحلول هي بمثابة اقتراحات من أجل وضع المسؤولية المدنية للطبيب في مسارها السليم في القانون الجزائري خصوصا، ومن ذلك:

– ضرورة الإسراع في وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الصحي وبمهنة الطب، يُراعى فيها ما حقّقه الطب من تطور وازدهار في مختلف مجالاته وتخصصاته من ناحية. كما يُراعى فيها الأخذ بما وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية من ناحية أخرى. بشكل يسمح بسن نصوص قانونية متنوعة ومتكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور، وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في القيام بمهنته.

– إسناد إجراء الخبرة الطبية إلى لجنة أو هيئة طبية تتولى القيام بإجراء الخبرة، حيث ظهر جليا قصور الاكتفاء بخبير واحد والاعتماد عليه في إثبات خطأ الطبيب. إذ نرى ضرورة إنشاء لجان طبية متخصّصة لتقدير الأخطاء الطبية وإثباتها، تضم في عضويتها طبيب متخصّص أو اثنين، وأستاذين جامعيين متخصّصين ممّن لهم الخبرة والدراية في القانون والطب، ولما لا حتى قاض أو اثنين ممن لهم اختصاص وكفاءة وخبرة في قضايا المسؤولية الطبية.

– تبنّي نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية لجميع الأطباء، يسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجبر ما أصابهم من ضرر، ويساعد الطبيب على حل مشكلة دفعه للتعويض. دون أن يفكر في اللجوء إلى وسائل لا تتناسب وشرف مهنة الطب لدرء المسؤولية عن نفسه. هذا فضلا على أن مثل هذا التأمين يشجع الأطبا ء على روح المبادرة والابتكار.

– بما أن جُل الخدمات الطبية في بلادنا تقدم من قبل مستشفيات وعيادات القطاع العام، فإن غالبية الأخطاء الطبية وتدني مستوى الخدمات الصحية ورداءها إنما تكون في مواجهة هذا القطاع. الأمر الذي يستدعي ضرورة التفكير في إنشاء أجهزة رقابية تتولى مراقبة سير المرافق الطبية وعمل وسلامة الأجهزة الطبية، وكذا جودة الخدمات الطبية طبقا لما هو منصوص عليه دستوريا وقانونيا بما يضمن العيش والحياة الكريمة لجميع المواطنين.

– تدريس المواد المتعلقة بالأخطاء الطبية وبالمسؤولية المترتبة عنها لطلبة كليات الطب في مختلف الجامعات، بما يسمح لهم ويُمكّنهم من الاطلاع على شرف المهنة وقدسيتها، وكذا حجم المسؤولية المناطة بهم، ومعرفة حكم القانون فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم.

– أخيرا ومسك الختام ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها الشريعة المحكمة الصالحة لكل زمان ومكان، للاستفاد ة من تعاليمها وأحكامها وتطبيق نصوصها فيما يتعلق بمختلف الجوانب القانونية، ولاسيما أحكام وقواعد المسؤولية الطبية، خاصة وأن الشريعة الغرّاء قد نظمت أحكام الخطأ (التعدي) وأحكام المسؤولية الطبية بشكل منسجم ومتكامل، يحتاج لتطويرها والنهوض بها جهد وبحث من قبل فقهاء الشريعة.

ختاما أرجو أن أكون قد وفقت فيما قدّمته من خلال هذه الرسالة، فهذا جهد المقل، كما أرجو كذلك أنني وفقت في محاولة إضافة لبنة إلى صرح البحث العلمي، ويكفيني بذلك شرف المحاولة. وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

الفهرس